

GMBH- GESCHÄFTS- FÜHRUNG 2023

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



Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

wir freuen uns, Ihnen unser aktuelles E-Book „GmbH-Geschäftsführung 2023“ vorzustellen. In diesem Jahr konnten wir erneut eine Gruppe kompetenter Autor:innen gewinnen, die Ihnen wertvolles Wissen rund um haftungsrelevante Zusammenhänge vermitteln werden. Eine solide Aufstellung und umfassende Kenntnisse sind in der heutigen Zeit unerlässlich, um auch in Krisensituationen erfolgreich agieren zu können.

Unser E-Book bietet Ihnen eine breite Palette an Themen, von Haftungsfragen über Digitalisierung und Liquiditätssteuerung bis hin zu Lieferketten und arbeits-, steuer- sowie sozialrechtlichen Fragen. Insgesamt finden Sie hier 46 brandneue Artikel, die Ihnen als GmbH-Geschäftsführer:in dabei helfen werden, schnell und fundiert Entscheidungen im Tagesgeschäft zu treffen.

Wir sind zuversichtlich, dass Sie von unserem E-Book inspiriert werden und viele nützliche Erkenntnisse daraus gewinnen werden.

Ein herzlicher Dank gilt allen Autorinnen und Autoren, die durch ihre Unterstützung dazu beigetragen haben, dieses E-Book zu gestalten. Über Ihr Feedback würden wir uns sehr freuen. Sie erreichen meine Kollegin Daniela Nelles unter 02 11/ 887-43433 oder per E-Mail an d.nelles@handelsblattgroup.com.

Mit den besten Grüßen

Anna Forsthövel

Euroforum, ein Unternehmen der Handelsblatt Media Group

Unsere Seminare speziell für Geschäftsführer*innen:

<https://live.handelsblatt.com/themen/recht-steuern/>



INHALT

- 7** **Bildungsrepublik Deutschland – Aktuelle Fragen des Fortbildungsrechts**
Volker Stück, BWI GmbH
- 14** **Hurra: Ich werde Geschäftsführer!?**
Steuerrechtliche Grundsätze für die erste Zeit nach Dienstantritt
Dr. Klaus Olbing, Streck Mack Schwedhelm Partnerschaft mbB, Berlin
- 17** **Company Reimbursement-Klausel und Eigenschadenklauseln in der D&O-Versicherung**
Dr. Rocco Jula, Rechtsanwälte Dr. Jula & Partner mbB
- 21** **Der Geschäftsführer als Gesprächspartner des Betriebsrats**
Dr. Frank Wetzling und Moritz Janssen,
Bette Westenberger Brink Rechtsanwälte PartGmbH
- 26** **Neues Kartellrecht für den Umgang mit Wettbewerbern. Ein Überblick über die wichtigsten Neuerungen**
Dr. Sascha Dethof und Charlotte Heidemeyer,
Fieldfisher Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
- 29** **Der Beirat als Chance**
Kay Klöpping, KPMG AG
- 32** **GmbH-Gründung online**
Kevin Wilson, Klinger und Partner Rechtsanwälte mbB
- 36** **Legal Risk Management für Unternehmen – Prozessrisikoanalyse**
Uwe Müllner, PATZINA LOTZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
- 40** **Die Auslagerung von Pensionszusagen auf Rentnergesellschaften**
Dr. Charlotte Beck und Gero Thole, ALTENBURG
- 43** **Managementbeteiligungen bei der GmbH**
Dr. Benedikt Hohaus, P+P Pöllath + Partners Rechtsanwälte und Steuerberater mbB
- 46** **Das Ende des klassischen Recruitings**
Wie Sie mit Potenzialmanagement den Fachkräftemangel besiegen
Michael Kühner und Manuel Schuchna, IFA Powertrain GmbH
- 50** **Außerstrafrechtliche Rechtsfolgen für den GmbH-Geschäftsführer (und die GmbH)**
John Paul Fürus, Wessing & Partner
- 53** **Haftungsrisiken im Außenwirtschaftsrecht: Sanctions Compliance im Fokus**
Stephan Müller und Mareike Heesing, Oppenhoff, Köln
- 57** **Arbeitszeiterfassung – Was Geschäftsführer jetzt wissen müssen**
Bernhard Groß und Dr. Niklas Breucker, ALTENBURG
- 60** **Die Insolvenz in Eigenverwaltung: Fallstricke für Geschäftsführer vermeiden**
Dr. Marina Adams, GLADE MICHEL WIRTZ – Corporate & Competition und
Fabian von Lübken, Seitz Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB
- 63** **Reicht der Comfort Letter des Gesellschafters noch aus? – Formale Anforderungen an Gesellschafterzusagen zur Annahme einer positiven Fortbestehensprognose**
Maximilian Pape, Achsnick Pape Opp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

INHALT

- 66** **Fristlose Kündigung und Internal Investigations – Stolperfallen der Zwei-Wochen-Frist**
Dr. Constantin Axer und Mag. iur. Philipp Berger,
Seitz Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB
- 70** **Haftung des GmbH-Geschäftsführers für ein fehlendes Compliance Management System**
Matthias W. Kroll, Dr. Nietsch & Kroll Rechtsanwälte Fachanwälte
- 73** **Cash Management 360 – holistisches Cash Management als Anker in volatilen Zeiten**
Dr. Henning Syllwasschy, FTI-Andersch
- 76** **Compliance-Management als Sorgfalts- und Leitungspflicht der GmbH-Geschäftsführung – Zum Urteil des OLG Nürnberg vom 30.03.2022 – 12 U 1520/19**
Nicole Willms und Carola Stark, POHLMANN & COMPANY
- 79** **Vertragliche Haftungsausschlüsse – Worauf Geschäftsführer achten sollten**
Dr. Tobias Grau und Simon Kirchner,
CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB
- 83** **Unternehmensplanung – Integrierte Unternehmensplanung: Die Glaskugel hat ausgedient**
Carsten Lehberg und Pascal Sinner, BANSBACH ECONUM Unternehmensberatung GmbH
- 87** **Insolvenzantragspflichten in unsicheren Zeiten und was bedeutet das für eine Restrukturierung?**
Dr. Dirk Andres, AndresPartner
- 90** **ESOP, VSOP und andere Möglichkeiten der (steueroptimalen) Mitarbeiterbeteiligung**
Dr. Zacharias-Alexis Schneider, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
- 94** **Tod der D&O-Versicherung? – Der faktische Verlust des Versicherungsschutzes über den Schluss von der Verletzung einer Kardinalpflicht auf die Wissentlichkeit**
Rüdiger Weiß, WallnerWeiß, Mitherausgeber „Der Sanierungsberater“
- 98** **Business Judgment Rule – sicherer Hafen oder scharfe Haftung?**
Dr. Karl von Hase, PLUTA Rechtsanwalts GmbH
- 100** **Anleiherestrukturierung nach Maßgabe des StaRUG – neue Handlungsoptionen auch für GmbH-Geschäftsführer**
Dr. Lutz Pospiech und Dr. Daniel Rubner, GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, München
- 103** **Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach Insolvenzreife – Das scharfe Schwert des § 15b InsO**
Dr. Alexandra Schluck-Amend und Franziska Fuchs, CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB
- 106** **Zahlungsunfähig oder (noch) nicht? Wie Geschäftsleiter Haftungsrisiken erkennen und vermeiden**
Dr. Ludwig J. Weber, LL.M. und Thomas Dömmecke, LL.M., Schultze & Braun GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft
- 112** **Lücken und Tücken der D&O für ehrenamtliche Vereinsvorstände**
Karin Baumeier, LL.M., Kanzlei Baumeier

INHALT

- 116 Haftungsgefahren für Geschäftsführer trotz Ressortzuständigkeit**
Dr. Susanne Szameitat und Maximilian Michelsen, Aderhold
- 119 Zum Ausschluss der Geschäftsführerhaftung bei Einverständnis der Gesellschafter**
Dr. Jan Kraayvanger, Mayer Brown LLP, Frankfurt am Main
- 121 Immer neue Fallstricke für Arbeitgeber im Arbeitsrecht!**
Susanne Schröder, Hochschule der Bayerischen Wirtschaft (HDBW) für Wirtschaftsrecht und Sandra Weigl-Ott LL.M. Eur., BTU SIMON GMBH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft
- 124 Strafverteidigerkosten, PR-Berater etc. – Zusatzleistungen in der D&O-Versicherung**
Carsten Laschet und Claudia Maaßen LL.M., Friedrich Graf von & Partner mbB
- 128 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot – Haftung der Gesellschaft bei Vereinbarung einer unwirksamen Regelung mit dem GmbH-Geschäftsführer?**
Georg Kalenbach, rugekrömer Fachanwälte für Arbeitsrecht
- 132 D&O-Versicherungsschutz ist systemrelevant – Warum vor allem die Bedingungen zählen und warum eine Police bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten helfen sollte**
Franz M. Held, VOV D&O Consulting GmbH
- 135 Healthcare Compliance: Relevanz eines Compliance-Management-Systems aus Sicht der GmbH-Geschäftsführung**
Marleen Ellinger LL.M., Baker McKenzie Rechtsanwaltsgesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern und Dr. Philipp Dominik LL.M. oec., Ulsenheimer Friederich Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB
- 142 Regressansprüche des Sozialversicherungsträgers bei Arbeitsunfällen – ein unterschätztes Risiko**
Dr. Berit Kochanowski LL.M.
- 145 Unternehmensleitung im Spannungsfeld der Geopolitik**
Dr. Christian Altenhofen, Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB
- 148 Von der Schönwetter-Selbständigkeit zur Schlechtwetter-Selbständigkeit – Wie das Bundessozialgericht die Beitragsschlinge für Gesellschafter-Geschäftsführer immer enger zieht**
Dr. Rolf Stagat, GKD Gäng Kramer Döring Stagat Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
- 153 Was ist bei der Wahl des Abschlussprüfers zu beachten und welche Fallstricke können sich ergeben?**
Susanne Erb und Elisaweta Thome, Bette Westenberger Brink Rechtsanwälte PartGmbH
- 157 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – (K)ein Thema für KMU's?**
Stephanie Kappen und Mina Cho, Bette Westenberger Brink Rechtsanwälte PartGmbH

INHALT

- 160** **Grenzüberschreitende Lieferketten und deren Risiken – ein Blick in andere Länder**
Gesamtbeitrag: Katja Neumüller, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
- 166** **Vorbeugen ist besser als Heilen – Krisenfrüherkennung als Geschäftsführerpflicht**
Dr. Raoul Kreide, GSK Stockmann Rechtsanwälte
- 169** **Gescheiterte Umsetzung der europäischen Whistleblower-Richtlinie in das neue Hinweisgeberschutzgesetz – welche Handlungspflichten und Haftungsrisiken ergeben sich dennoch für Geschäftsführer und Organe?**
Bettina Plaßmann-Robertz, PRO LAW Rechtsanwälte mbB
- 174** **Haftungsreduzierung für Geschäftsführer bei Zustimmungen (ausdrücklich oder stillschweigend) der Gesellschafter**
Lothar Köhl, Hoffmann Liebs

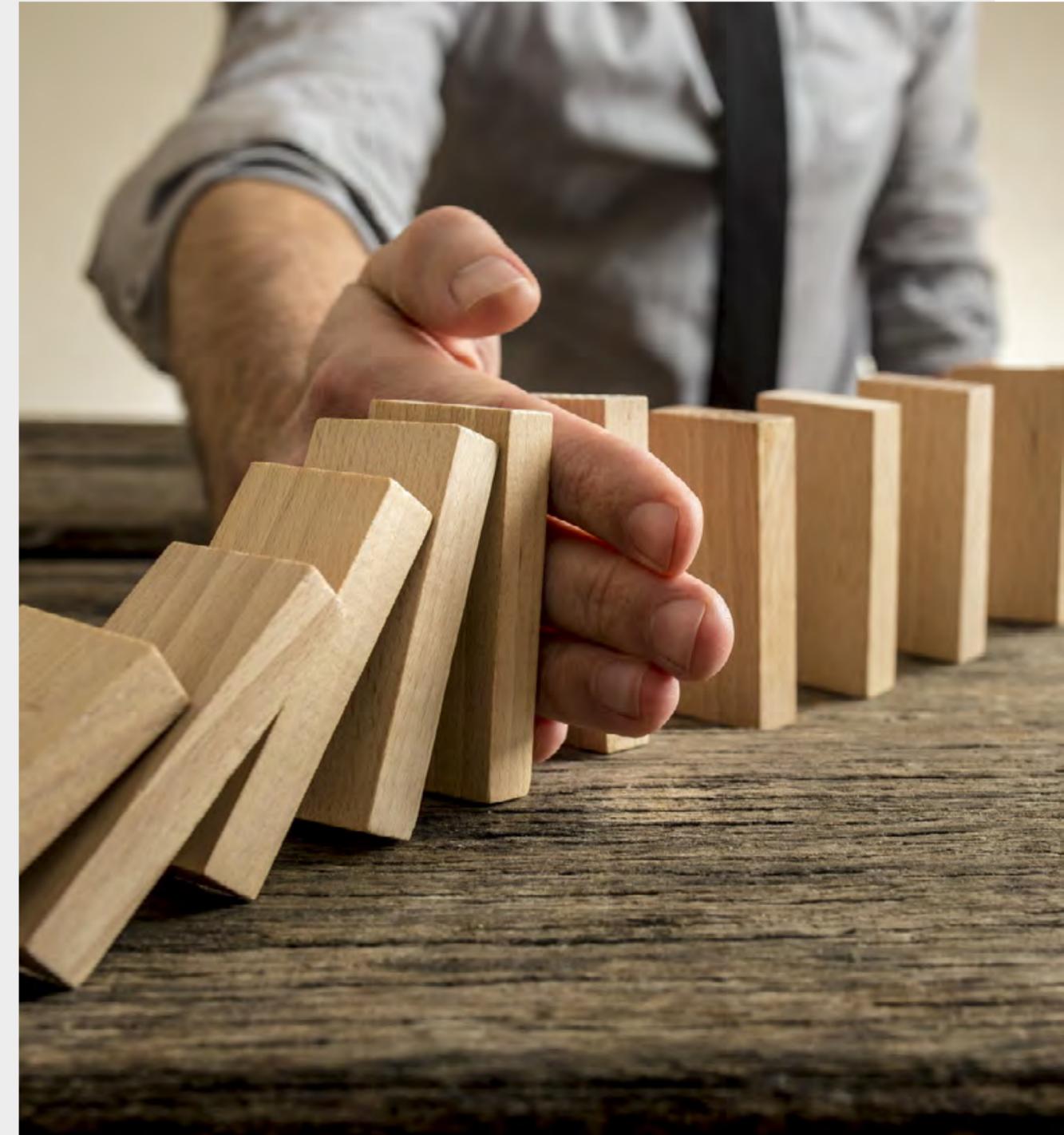
Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in diesem Newsletter meist die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle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

IMPRESSUM:

Euroforum Deutschland GmbH
Toulouser Allee 27
40211 Düsseldorf

V.i.S.d.P.
Anna Forsthövel
+49 211 887-2610

Für die Inhalte sind die Verfasser der einzelnen Artikel verantwortlich.



Bildungsrepublik Deutschland – Aktuelle Fragen des Fortbildungsrechts



RA Volker Stück

Lead Expert

Arbeitsrecht & Mitbestimmung,
BWI GmbH, Bonn

Der Beitrag stellt die persönliche
Auffassung des Autors dar.

Status: 29.04.2023

Wissen und Können sind im globalen Wettbewerb heute entscheidende Erfolgs- und Differenzierungsfaktoren oder wie der Ökonom Benjamin Franklin (1706 – 1790) feststellte: „Eine Investition in Wissen bringt noch immer die besten Zinsen“. Ein markt- und zeitgerechtes Anforderungs-/Qualifikationsprofil entscheidet über die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und die Beschäftigungsfähigkeit jedes Arbeitnehmers (sog. Employability). Hierfür ist eine permanente Fortbildung unerlässlich, da angesichts einer Halbwertszeit des Wissens von ca. 2 – 5 Jahren sonst schleichende Dequalifizierung droht. Im Jahr 2018 nahmen nur 35 % der Erwachsenen an Weiterbildungsmaßnahmen teil – und davon nutzen nur 15 % die gewonnenen Erkenntnisse. Wichtige Rechtsfragen der Fortbildung im bestehenden Arbeitsverhältnis sollen hier beleuchtet werden, denen mehr Bedeutung zukommen wird, angesichts der Digitalisierung, Energiewende und demografischen Wandels bzw. Fachkräftemangels.

1. Ziel und Rechtsrahmen

Ziel der beruflichen Fortbildung ist es, die beruflichen Kenntnisse und Fertigkeiten zu erhalten, zu erweitern, der technischen Entwicklung anzupassen (**Anpassungsfortbildung**; § 97 II BetrVG; § 2 IV SGB III) oder beruflich aufzusteigen (**Aufstiegsfortbildung**; § 1 IV BBiG). Die berufliche Fortbildung setzt begrifflich eine abgeschlossene berufliche Ausbildung, eine langjährige berufliche Tätigkeit oder beides voraus.

Die berufliche Fortbildung ist im Berufsbildungsgesetz nur ansatzweise geregelt (§§ 1 IV, 53 ff. BBiG). Das BBiG gibt weder arbeitsrechtliche noch ordnungsrechtliche Regelungen vor, sondern be-

schränkt sich in §§ 53 ff. BBiG auf die rahmenrechtliche Vorgabe eines Prüfungswesens. §§ 10 – 25 BBiG gelten für die berufliche Fortbildung nicht, insbesondere nicht die Verbotsnormen der § 14 I 1 Nr. 3 und § 12 II Nr. 1 BBiG (BAG v. 25.01.2022 – 9 AZR 144/21, Rz. 36, 42; BAG v. 12.02.2013 – 3 AZR 120/11, Rz. 11 f), so dass auf allgemeine rechtliche Grundlagen und Rechtsprechung zurückzugreifen ist.

2. Anspruch auf Fortbildung

Einen **Rechtsanspruch** auf Fortbildung können Gesetz (z.B. § 2 III ASiG; § 164 IV Nr. 2, 3 SGB IX; Art. 38 II DSGVO), kollektive Regelungen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen) oder der Arbeitsvertrag begründen. Ausgeklammert werden hier Schulungsansprüche des Betriebsrats nach § 37 VI BetrVG (Stück/Krüger, AuA 02/2020, S. 80). §§ 96 I; 97 II BetrVG gewähren keinen individuellen Anspruch auf Weiterbildung (Fitting § 26 BetrVG Rz. 24, 26; Krause, NZA 2022, 740, 742). Häufig gewähren Qualifizierungstarifverträge oder Qualifizierungssozialpläne (Röder/Gebert, NZA 2017, 1289) jedoch keine einklagbaren individuellen Ansprüche und sehen oft eine Beteiligung der Arbeitnehmer vor, indem sie z. B. Zeitguthaben einbringen.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können sich über eine Fortbildung **vertraglich** einigen. Dies ist insbesondere bei konkreten und längeren sowie kostenintensiven Maßnahmen sinnvoll und sollte schriftlich geschehen. Dabei sind insbesondere die allgemeinen AGB-Grundsätze nach Transparenz, Klarheit und Verbot unangemessener Benachteiligung (§§ 305 c, 307 BGB) zu beachten. Eine Vereinbarung, die den Arbeitnehmer etwa verpflichtet, an allen Fortbildungen teil-

zunehmen, die der Erfüllung seiner Aufgaben dienlich sind (sog. catch all Klausel), ist sowohl unklar als auch unbestimmt und auch kann auch nicht durch eine Auslegung gerettet werden (LAG Halle v. 17.11.2000 – 2 Sa 281/00). Geregelt werden sollten:

- Ausbildungsthema, Ausbildungsort.
- Beginn und Ende, Dauer, ggf. Befristung eines Vertragsverhältnisses.
- Kostentragung nach Grund und Höhe (Schulungs-, Prüfungs-, Literatur-, Reise-, Hotel-, Verpflegungskosten). Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf vollständige Durchführung der Weiterbildung auf Kosten des Arbeitgebers besteht nicht, wenn dies nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart ist (LAG Nürnberg v. 27.11.1996 – 4 (1) Sa 673/94). Da Aufwendungsersatzansprüche (§ 670 BGB) abdingbar sind (BAG v. 14.10.2003 – 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604: Homeoffice), empfiehlt sich eine klare Regelung zu „ob“ und „wie/viel“.
- Vergütung (Fortzahlung der Arbeitsvergütung, bes. Ausbildungsvergütung).
- völlige oder teilweise Freistellung; Ruhen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses, unbezahlter Urlaub bzw. Urlaubskürzung (BAG v. 19.03.2019 – 9 AZR 315/17, NZA-RR 2019, 565), Einbringen von Zeit(wert) Guthaben (§ 7c I Nr. 2 b SGB IV; Stück/Salo, AuA 09/2022, 16).
- Bindungs-/Rückzahlungsklauseln (s. u. 4.).

Nach der Umsetzung der EU-Arbeitsbedingungen Richtlinie 2019/1152 durch das neue **NachweisG** (§ 2 Abs. 1 Nr. 12; § 4) muss ab dem 01.08.2022 ein etwaiger Anspruch (i.S.d. § 194 BGB) auf kostenfreie Fortbildungen angegeben werden und sind Verletzungen bußgeldbewehrt bis zu 2.000 €. In § 111 I GewO findet sich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer eine für die Erbringung der Arbeitsleistung erforderliche Fortbildung anzubieten. Dies gilt nur, wenn der Arbeitgeber hierzu durch oder aufgrund Gesetzes, durch Tarifvertrag, Betriebs- oder Dienstvereinbarung verpflichtet ist. Die Kosten dürfen Arbeitnehmern nicht aufgelegt werden, ferner sollen die Fortbildungen während der Arbeitszeit stattfinden, sonst gelten sie als Arbeitszeit. Musterformulierung: ein etwaiger Anspruch auf vom Arbeitgeber bereitgestellte Fortbildung.

Ein Anspruch auf eine vom Arbeitgeber bereitgestellte Fortbildung besteht nicht, soweit keine gesetzlichen oder kollektivrechtlichen Ansprüche hierauf bestehen.

Seit Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) könnten Ansprüche aus dem **Gleichbehandlungsgrundsatz** bzw. Diskriminierungsverboten abgeleitet werden. Ein Arbeitgeber, der Beschäftigten z. B. ab einem gewissen Alter Fortbildungsmaßnahmen vorenthält (§§ 1; 2 I Nr. 3; 3 I AGG),

muss dann dafür einen aner kennenswerten Sachgrund darlegen und eine Altersdiskriminierung widerlegen (§§ 8; 10; 22 AGG). Ansonsten hat der Arbeitgeber grundsätzlich ein weites Auswahlmessen bei der Frage, welche Mitarbeiter er individuell fördert und befördert (LAG Köln v. 11.08.1994 – 10 Sa 289/94, BeckRS 1994, 122773). Sachgründe können z. B. besondere Leistungsfähigkeit, Interesse an einem Thema, Neigungen, aber auch eine Leistungsschwäche als ein besonderer Förderungsbedarf sein (Peters, Weisungsrecht, 2. Aufl. 2021, Rz. 237). Es empfiehlt sich, dies im Rahmen der Personalentwicklungsvereinbarung bzw. einer Korrekturvereinbarung (Wetzling/Habel, Umgang mit Low Performern, 1. Auflage 2021, Kapt 11 Rz 21; Croset/Dobler, Abmahnung, 2020, Ziffer 4.4., S. 57, 148) zu dokumentieren.

3. Pflicht bzw. Anweisung zur Fortbildung

Wenn es für die Fortbildung oder Schulung einen begründeten, sachlichen Anlass gibt, wobei Förderlichkeit für die ausgeübte Tätigkeit genügt, sie während der Arbeitszeit stattfindet, der Arbeitgeber die Kosten trägt und nicht im Einzelfall konkrete überwiegende Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen, kann der Arbeitgeber die Teilnahme im Wege des **Direktionsrechts**

(§ 106 GewO) **anordnen** und die unberechtigte Weigerung mit einer Abmahnung sanktionieren (LAG Rheinland-Pfalz v. 05.10.2005 – 10 Sa 349/05, AuA 2006, 625; ArbG Bonn v. 04.07.1990 – 4 Ca 751/90, NZA 1991, 512; LAG Hamm v. 27.11.2008 - 17 Sa1098/08, Rz. 82; LAG Rheinland-Pfalz v. 27.06.2017 – 8 Sa 4/17, Rz. 36: Anordnung Schulung zum Erwerb Flurfördermittelscheins für Kommissionierer; LAG Hessen v. 11.04.2007 – 8 Sa 1279/06). Außerhalb der vertraglichen Arbeitszeit kann eine Fortbildungsverpflichtung als vertragliche Nebenpflicht vereinbart werden (Sandmann/Schmitt-Rolfes, ZfA 2002, 332).

An dem Tag, an dem der Arbeitnehmer an der Fortbildungs- bzw. Weiterbildungsveranstaltung teilnimmt, ändert sich für ihn insoweit seine Arbeitstätigkeit zur Lern-tätigkeit. Für diese Zeit kann er seiner Arbeitspflicht nur durch die Teilnahme am Seminar nachkommen (Peters, Weisungsrecht, 2. Aufl. 2021, Rz. 229). Der Vorgesetzte kann nicht nur die Lerninhalte, sondern zugleich die Dauer der Schulung sowie den Anbieter nach billigem Ermessen bestimmen. Die Fortbildungskosten hat der Arbeitgeber zu tragen und zwar ohne Rückforderungsoption, wenn nur Wissen für die jetzige, auszuübende Tätigkeit vermittelt wird ohne ohne den Arbeitsmarktwert zu erhöhen (Peters, Weisungsrecht, 2. Aufl. 2021, Rz. 234).

Bei **Schlecht-/Minderleistung** (sog. Low Performer, Stück, ArbRAktuell 2011, 651) hat der Arbeitgeber zunächst die Ursache der festgestellten konkreten Minderleistung zu erforschen und entsprechende Hilfestellungen (z.B. erneute Einweisung, Anlernen, engere Führung/Unterstützung) erfolglos zu versuchen sowie bedarf es grundsätzlich einer Abmahnung, um auf ein steuerbares Leistungsdefizit hinzuweisen (LAG Nürnberg v. 12.06.2007 – 6 Sa 37/07, NZA-RR 2008, 178; LAG Rheinland-Pfalz v. 25.03.2014 – 6 Sa 357/13; Wetzling/Habel, Umgang mit Low Performern, 1. Aufl. 2021, Kap. 2 Rz. 1 ff.).

Den Arbeitgeber trifft keine Pflicht, einem Arbeitnehmer eine **Beförderungsstelle** anzubieten bzw. ihn dafür auszubilden, auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Sandmann/Schmitt-Rolfes, ZfA 2002, 333; ErfK/Oetker, 22. Aufl. 2022, KSchG § 1 Rz. 383, 252). Eine **Verpflichtung** des Arbeitgebers zur Durchführung von langwierigen, kostenintensiven und vom Erfolg her ungewissen Fortbildungsmaßnahmen zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung besteht nach § 1 II S. 3 KSchG nicht (BAG v. 29.01.1997 – 2 AZR 49/96, BeckRS 1997, 30368548: Umstellung auf CAD-Zeichnung). Gleiches gilt, wenn sich das Stellenanforderungsprofil sachlich so geändert hat, dass der Arbeitnehmer ihm nicht mehr entspricht, z.B. fehlende englische Sprachkenntnisse nach internationaler Ausrichtung (LAG Köln v. 14.03.2019 – 6 Sa 489/18, ArbRAktuell 2019, 366) oder deutsche QM/Arbeitsanweisungen für Beschäftigte mit ausländischer Herkunft (BAG v. 28.01.2010 – 2 AZR 764/08, NZA 2010, 625; LAG Hessen v. 19.07.1999 – 16 Sa 1898/98, BB 2000, 416). Voraussetzung ist i.d.R., dass die neuen Sprachanforderungen sachlich gerechtfertigt sind und dem Beschäftigten erfolglos die Gelegenheit zur Verbesserung seiner Kenntnisse gegeben wurde (vgl. 97 II BetrVG). Mit der Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung im zumutbaren Rahmen

eine Fortbildung oder Umschulung zu ermöglichen, korrespondiert die Obliegenheit des Arbeitnehmers, von diesem gegenüber der Kündigung milderen Mittel Gebrauch zu machen. Verweigert der Arbeitnehmer die Mitwirkung an der auf Grund der geänderten Anforderungen erforderlichen Fortbildungs- bzw. Umschulungsmaßnahme, verletzt er eine ihm obliegende arbeitsvertragliche Nebenpflicht, was die Kündigung rechtfertigt (Mauer/Holthausen, NZA 2003, 1374; Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, 1386).

Dies könnte sonst einen Widerspruch des Betriebsrates nach § 102 III Nr. 4 BetrVG begründen. Was dem Arbeitgeber insoweit zugemutet werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere Dauer der Betriebszugehörigkeit, beruflicher Vorbildung, Lebensalter, Dauer und Kosten der Fortbildung sowie Belastbarkeit des Arbeitgebers (LAG Hamm v. 28.4.2004 – 18 Sa 1765/03, BeckRS 2004, 31042878; ErfK/Oetker, 22. Aufl. 2022, KSchG § 1 Rz. 390; Linck/Krause/Bayreuther/Krause, 16. Aufl. 2019, KSchG § 1 Rz. 1084).

4. Rückzahlungsklauseln: Ob, wann & wie

In Berufsausbildungsverhältnissen und gleichgestellten Ausbildungsgängen sind Rückzahlungsklauseln gem. § 12 II, § 26 BBiG **gesetzlich untersagt**. Der zur Berufsausbildung des Berufskraftfahrers gehörende Erwerb des Führerscheins der Klasse 2 kann daher nicht auf den Auszubildenden abgewälzt werden (BAG v. 25.04.1984 – 5 AZR 386/83, NZA 1985, 184; LAG Köln v. 03.04.2014 – 7 Sa 769/13). Die mit der Einweisung des Mitarbeiters in seinen Arbeitsplatz nach § 81 I BetrVG verbundenen Aufwendungen hat der Arbeitgeber zu tragen (BAG v. 16.01.2003 – 6 AZR 384/01, NZA 2004, 456).



Erhält der Arbeitnehmer mit der **Fortbildung** eine angemessene geldwerte **Gegenleistung**, insbesondere die Eröffnung von beruflichen Möglichkeiten oder die Nutzbarmachung der erworbenen Kenntnisse für anderweitige Arbeitsverhältnisse, so ist ein Vertrag auf Rückzahlung der Fortbildungskosten vor deren Beginn (sonst unwirksam: LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 08.05.2018 – 2 Sa 215/17, Rz. 35) grundsätzlich statthaft (Stück, DStR 2008, 2020; BAG v. 11.12.2018 – 9 AZR 383/18, Rz. 23; BAG v. 11.04.1990 – 5 AZR 308/89, NZA 1991, 178), z.B. Teilnahme an einem dualen Hochschulstudium (ArbG Gießen v. 03.02.2015 – 9 Ca 180/14, BeckRS 2015, 70609). Die Fortbildung darf nicht bloß innerbetrieblichen Nutzen haben, lediglich der Auffrischung vorhandener Kenntnisse dienen oder die Anpassung an vom Arbeitgeber veranlasste neuere betriebliche Gegebenheiten bezwecken (vgl. 97 II BetrVG; BAG v. 21.11.2001 – 5 AZR 158/00, Rz. 38, NZA 2002, 551). Eine Rückzahlungsvereinbarung für einen einwöchigen Computerkurs ist deshalb unwirksam (LAG Rheinland-Pfalz v. 07.10.2004 – 11 Sa 279/04, BeckRS 2005, 42075). Die Abwälzung der Kosten für das sogenannte TÜV-Schweißerzeugnis auf einen Schweißer ist i.d.R. unwirksam (LAG Düsseldorf v. 07.11.1990 – 4 Sa 1295/90, LAGE § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 5). Eine Kostenerstattung für Weiterbildung, die nur zur Qualitätssicherung der Arbeit des Arbeitgebers oder zu dessen „Zertifizierung“ erfolgt, ist nicht möglich (LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 08.05.2018 – 2 Sa 215/17, BeckRS 2018, 13590).

In der Fortbildungsvereinbarung muss danach differenziert werden, in wessen **Verantwortungs- und Risikobereich** die Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällt (BAG v. 13.12.2011 – 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738; BAG 19.01.2011 – 3 AZR 621/08, Rz. 31, NZA 2012, 85).

Zulässige Auslöser einer Rückzahlungsverpflichtung sind:

- Eigenkündigung des Arbeitnehmers (vor Ablauf der Bindungsfrist) ohne vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers.
- ordentliche oder außerordentliche arbeitgeberseitige Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers.
- Abbruch der Ausbildung, wenn dem Arbeitnehmer eine ausreichende Einarbeitungszeit zugestanden wird, innerhalb derer er die Ausbildung kennen lernen und ohne Rückzahlungsverpflichtung abrechnen kann bzw. Abbruch der Bildungsmaßnahme aus

Gründen, die der Arbeitnehmer zu vertreten hat (LAG Niedersachsen v. 30.10.2018 – 10 Sa 268/18, BeckRS 2018, 37275).

- Aufhebungsvertrag auf Wunsch des Arbeitnehmers oder wegen dessen vertragswidrigen Verhaltens.
- Wenn der Arbeitnehmer auf eigenen Wunsch oder aus eigenem Verschulden die Anmeldung bis zum Beginn der Fortbildungsmaßnahme zurückzieht oder während der laufenden Maßnahme aus derselben ausscheidet und das Ausscheiden nicht aus berechtigten personenbedingten Gründen erfolgt (LAG Niedersachsen v. 12.10.2022 – 8 Sa 123/22, ArbRAktuell 2023, 21).

Unzulässige Auslöser einer Rückzahlungspflicht sind, wo sich also das unternehmerische Risiko realisiert, das der Arbeitgeber zu tragen hat:

- Arbeitgeberkündigung aus betriebsbedingten Gründen oder wegen Insolvenz des Arbeitgebers.
- Arbeitgeberkündigung aus personenbedingten Gründen, wenn der Arbeitnehmer trotz der erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht den subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers (Ungeeignetheit) über seine weiteren Verwendungsmöglichkeiten entspricht.
- Arbeitnehmerkündigung aus personenbedingten Gründen wie dauerhafte krankheitsbedingte Unfähigkeit zur Erbringung der vertragsgemäßen Tätigkeit (BAG v. 01.03.2021 – 9 AZR 260/21, NZA 2022, 786 Altenpflegerin) oder Wegfall der medizinischen Eignung (BAG v. 11.12.2018 – 9 AZR 383/18, NZA 2019, 781).
- Arbeitgeberkündigung während der Probezeit wegen Abkehrwillens, weil sich der Mitarbeiter auf eine Stellenanzeige bewirbt.
- wenn der Arbeitgeber nach Abschluss der Ausbildung kein Interesse am Abschluss eines Arbeitsvertrages hat oder der Arbeitnehmer entsprechend der Ausbildung nicht beschäftigt werden kann und dieser deshalb kündigt (BAG v. 05.12.2002 – 6 AZR 537/02, ZTR 03, 302).
- Nichtbestehen der (Abschluss)Prüfung, wenn sie nicht danach differenziert, aus wessen Verantwortungsbereich bzw. Risikosphäre der Grund für die erfolglose Fortbildungsteilnahme resultiert (LAG Niedersachsen, Urt. v. 29.10.2014 – 17 Sa 274/14, ArbRAktuell 2015, S. 357).

Der durch die Fortbildung erlangte geldwerte Vorteil des Arbeitnehmers muss in einem ausgewogenen Verhältnis zu der eingegangenen Bindung stehen. Hinsichtlich der Länge der zulässigen **Bindungsdauer** hält die Rechtsprechung folgende Maßstäbe im Allgemeinen für angemessen i.S.e. „Faustformel“, ohne dass es rechnerische Gesetzmäßigkeiten gäbe (BAG v. 14.01.2009 – 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666; BAG v. 15.09.2009 – 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342):

Fortbildungsdauer/-kosten in Bruttomonatsentgelten	Bindungsdauer bis max. ... Monate
< 1	6
< 2	12
3 – 4	24
5 – 6	36
6 – 12	36
> 24	60

Bsp.: Eine Bindungsdauer von zwei Jahren ab Studienabschluss mit dem akademischen Grad des Bachelor und mit degressiver – monatlich reduzierter – Rückzahlungsreduzierung genügt angesichts der Dauer des drei-(vier-)jährigen Studiums im Hinblick auf die Teilübernahme der Studiengebühren den Anforderungen der Rechtsprechung (LAG München v. 05.06.2014 – 4 Sa 3/14).

Da die **Staffelung** des Rückzahlungsbetrages zeitanteilig zur Bindungsdauer für die Zumutbarkeitsprüfung ein wesentlicher Gesichtspunkt ist, empfiehlt sich eine zeitanteilige Kürzung, z. B. Reduzierung um 1/24 für jeden vollen Monat bei 24 Monaten

Bindungsdauer, den der Arbeitnehmer nach dem Ende der Fortbildungsveranstaltung im Arbeitsverhältnis verbleibt. Der Arbeitgeber kann nur den **Betrag** zurückverlangen, den er tatsächlich aufgewandt hat, höchstens jedoch den vereinbarten Rückzahlungsbetrag (BAG v. 21.07.2005 – 6 AZR 452/04, NZA 2006, 542). Andernfalls handelt es sich nicht mehr um die Rückzahlung von Ausbildungskosten, sondern um eine unzulässige Vertragsstrafe.

Zu den **rückzuzahlenden Kosten** können nach der Vereinbarung gehören: das für die Zeit der Freistellung gezahlte Entgelt, AN-Sozialversicherungsbeiträge, Schul-/Seminar-kosten, Fahrt-, Verpflegungs- und Übernachtungskosten sowie Kosten für Schulungsmaterial und Prüfungsgebühren, die nach Grund und Höhe aufzuschlüsseln sind. Nicht gefordert werden kann der Arbeitgeberanteil zu Sozialversicherungsbeiträgen (BAG v. 17.11.2005 – 6 AZR 160/05, NZA 2006, 542). Berücksichtigt werden können dagegen sonstige vertragliche Leistungen, wie Gratifikationen und vom Arbeitgeber aufgewandte Beiträge zu Zusatzversorgungskassen. Da das Rückzahlungsrisiko berechenbar und für den Arbeitnehmer erkennbar sein muss, was auf ihn zukommen könnte, sind Art/Grund und Berechnungsgrundlagen/Höhe der ggf. zu erstattenden Kosten anzugeben (BAG v. 21.08.2012 – 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428; LAG Berlin-Brandenburg v. 11.02.2022 – 12 Sa 805/21, DB 2022, 1649: Aufwendungen genügt nicht).

Da die Rechtsprechung Rückzahlungsvereinbarungen einer **AGB-Kontrolle** unterwirft, ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich und gilt das „Alles oder Nichts Prinzip“ (§ 306 II BGB; BAG v. 11.12.2018 – 9 AZR 383/18, NZA 2019, 781). Bei unzulässig langer Bindungsdauer kann deshalb überhaupt keine Rückzahlung mehr verlangt werden, weshalb rechtlich weniger/kürzer mehr bzw. sicherer sein kann.

Muster Fortbildungsvertrag & Rückzahlungsvereinbarung z. B. bei: Maschmann/Polzer, Total Compensation, 2. Aufl. 2019, Kap. 31 Rz. 39 ff; Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht; 4. Auflage 2022, B. VI. 1.

5. Fortbildungszeit als Arbeitszeit?

Der EuGH (v. 28.10.2021 – C-909/19, NZA 2021, 1623) hat entschieden, dass Zeiten, in denen ein Arbeitnehmer eine ihm von seinem Arbeitgeber angewiesene bzw. vorgeschriebene berufliche Fortbildung absolviert, die außerhalb seines gewöhnlichen Arbeitsorts in den Räumlichkeiten des Fortbildungsdienstleisters stattfindet und während der er nicht seinen gewöhnlichen Aufgaben nachgeht, Arbeitszeit i.S.v. Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88 ist. Unerheblich ist der Umstand, ob die Zeiten der beruflichen Fortbildung ganz oder teilweise außerhalb der normalen Arbeitszeit liegen, da die RL 2003/88 für die Zwecke des Begriffs Arbeitszeit nicht danach unterscheidet, ob diese Zeit in der normalen Arbeitszeit liegt oder nicht.

Ausgehend vom Begriff der Arbeitszeit als „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten ar-

beitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“, zählt die Teilnahme an einer vom Arbeitgeber veranlassten bzw. angewiesenen – nicht jedoch die bloß freiwillige oder private (Hördt, ArbRAktuell 2021, 436) – Fortbildung zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit i.S.d. § 611a BGB sowie i.S.d. § 2 I ArbZG, sofern in einem Arbeits- oder Tarifvertrag keine gesonderte Vergütungsregelung für eine andere als die vertragsgemäße Tätigkeit vereinbart wurde (BAG v. 23.10.2018 – 1 ABR 26/17, NZA 2019, 486). Findet die vom Arbeitgeber initiierte Weiterbildung während der Arbeitszeit statt, ergibt sich der Vergütungsanspruch auch aus § 615 S. 1, 3 BGB (Krause, NZA 2022, 743).

6. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Beschäftigungssicherung durch Qualifizierung ist eine Aufgabe der Betriebsräte, die diese zunehmend erkennen und wahrnehmen (§§ 92 a, 97 II BetrVG; Franzen, NZA 2001, 865; Krause, NZA 2022, 739). Die Abstimmung von Arbeitnehmern zu „Workshops“ im Betrieb zur Optimierung innerbetrieblicher Abläufe – 2 Tage/Monat während der Arbeitszeit unter externer oder interner Moderation – stellt keine Versetzung (§ 99 I,

§ 95 III BetrVG) dar, da sich das Gesamtbild der Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht erheblich ändert (BAG v. 28.08.2007 – 1 ABR 70/06, NZA 2008, 188).

Das BetrVG gewährt diverse Unterrichts-, Beratungs-, Erörterungsrechte (§§ 92, 96) bis hin zu echten umfassenden, einigungsstellenfähigen Mitbestimmungsrechten (§§ 97 II, 98), bei **Bildungsmaßnahmen**, die über eine bloße arbeitsplatzbezogene Unterrichtung (§ 81 I BetrVG) hinausgehen und Wissen planmäßig-strukturiert vermitteln, soweit der Arbeitgeber einen eigenen Gestaltungsspielraum hat. Maßnahmen der Berufsbildung sind solche, die dem Arbeitnehmer Kenntnisse und Erfahrungen vermitteln, die zur Ausfüllung eines Arbeitsplatzes oder einer beruflichen Tätigkeit im Allgemeinen befähigen (BAG v. 18.04.2000 – 1 ABR 28/99, NZA 2001, 167). Das können auch Lehrgänge sein, die dem Arbeitnehmer die für die Ausfüllung seines Arbeitsplatzes und seiner beruflichen Tätigkeit notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verschaffen sollen (BAG v. 10.02.1988 – 1 ABR 39/86, NZA 1988, 549). Entscheidend ist nicht der Ort (intern/extern) der Bildungsmaßnahme, sondern ob der Arbeitgeber Träger oder Veranstalter der Maßnahme ist und die Maßnahme für seine Mitarbeiter durchführt (BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 28/99, NZA 2001,

167). Nach der Corona Pandemie, die am 07.04.2023 rechtlich endete, werden viele Schulungsformate Hybrid sein, d.h. eine Kombination aus Präsenz- und Online.

Da im Fortbildungsbereich selten zu exekutierende Normvorgaben bestehen, kommt das Mitbestimmungsrecht nach § 98 BetrVG meist zum Tragen, das sich auf das „Wie“, d.h. Ort, Dauer, Ausbildungsplan, Ausbilder, konkrete Auswahl der Teilnehmer und evtl. betriebliche Prüfungen erstreckt (BAG v. 05.11.1985 – 1 ABR 49/83, NZA 1986, 535; Krause, NZA 2022, 741). Mitbestimmungsfrei ist das „Ob“, d.h. die Höhe der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Mittel sowie Zweck der Bildungsmaßnahme sowie Anzahl (Fitting § 98 Rz. 32 BetrVG) und generelle Umschreibung des Teilnehmerkreises (HWK/Ricken, § 98 BetrVG Rz. 4 f., 17; Krause, NZA 2022, 742). Das Mitbestimmungsrecht ist gewährt, wenn es zu einer formlosen Absprache, Regelungsabrede oder Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat kommt (Fitting, § 98 BetrVG, Rz. 12; HWK/Ricken, § 98 BetrVG Rz. 7).

7. Fördermöglichkeiten der BA & Ausblick

Die Agentur für Arbeit oder das Jobcenter berät und entscheidet über **Fördermöglichkeiten** auf der Grundlage von

- § 81 SGB III bei arbeitslosen Arbeitnehmern oder bei Geringqualifizierten.
- § 82 SGB III bei Beschäftigten (Bieback, NZS 2020, 441), z.B. in einem Qualifizierungssozialplan (Röder/Gebert, NZA 2017, 1292).
- § 106a SGB III für Weiterbildung während Kurzarbeit (Hördt, ArbRAktuell 2021, S. 435).
- § 111a SGB III für berufliche Weiterbildung bei Transferkurzarbeitergeld bei Transfersozialplan (vgl. Göpfert/Wenzler, NZA 2020, 15).

Die BA hat Informationen eingestellt unter: [BMAS – Förderung der beruflichen Weiterbildung](#).

Im Ampel Koalitionsvertrag ist die Weiterbildung von Arbeitnehmern ein Thema: „Mit einer **Bildungs(teil)zeit** nach österreichischem Vorbild bieten wir Beschäftigten finanzielle Unterstützung für arbeitsmarktbezogene Weiterbildung. Dies ermöglicht z. B. das Nachholen eines Berufsabschlusses oder eine berufliche Neuorientierung.“ Bildungszeit soll Beschäftigten künftig ermöglichen, ein Jahr Weiterbildung in Vollzeit oder zwei Jahre in Teilzeit zu machen. Die Bundesagentur für Arbeit soll in dieser Zeit Unterstützung zahlen wie beim Arbeitslosengeld, d.h. 60/67 % (Familien). Ein Gesetzentwurf, der die Voraussetzungen und den Anspruch konkret regelt, liegt derzeit noch nicht vor, jedoch ein Regierungsentwurf vom 29.03.2023 – abrufbar unter: [BMAS – Weiterbildungsgesetz](#).

8. Fazit

Fragen der Fort-/Weiterbildung spielen angesichts technischen und demografischen Wandels und „lebenslangen Lernens“ eine entscheidende Rolle für Unternehmen. Mit den rechtlichen Spielregeln sollte man sich vertraut machen, damit nicht Oscar Wilde Recht behält, der sagte:

„Wir leben in einem Zeitalter der Überarbeitung und Unterbildung, in einem Zeitalter, in dem die Menschen so fleißig sind, dass sie verdummen.“ ■



Hurra: Ich werde Geschäftsführer!?

Steuerrechtliche Grundsätze für die erste Zeit nach Dienstantritt



Dr. Klaus Olbing

Partner, Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Steuerrecht
Streck Mack Schwedhelm,
Partnerschaft mbB, Berlin

Die Stellung als Geschäftsführer in der GmbH ist mit einigen Rechten und vielen Pflichten verbunden. Diese Pflichten ergeben sich nicht nur aus dem Anstellungsvertrag mit der GmbH als Arbeitgeber, sondern auch aus einer Vielzahl von Gesetzen. Der Geschäftsführer ist das vertretungsberechtigte Organ der GmbH und muss als solcher die Pflichten erfüllen, die sich an die GmbH richten. Diese Pflichten ergeben sich auch aus den umfangreichen, komplexen und sich schnell wandelnden steuerlichen Vorschriften.

Selbst dann, wenn ein Mitglied einer mehrköpfigen Geschäftsführung aufgrund der Geschäftsordnung nicht für die Buchhaltung und das Finanzwesen zuständig ist, hat auch diese Person ein Mindestmaß von Restverantwortung im steuerlichen Bereich. Erkennt der z. B. für die Produktion zuständige Geschäftsführer, dass der Mitgeschäftsführer seine steuerlichen Pflichten für die GmbH nicht erfüllt, muss er eingreifen.

Entsprechendes gilt in einem Konzern. Werden die steuerlichen Pflichten zentral von einem verbundenen Unternehmen erfüllt, entlastet dieses sicherlich den Geschäftsführer in seiner täglichen Arbeit. Auch hier muss die Tätigkeit des verbundenen Unternehmens in der Erfüllung der steuerlichen Pflichten zumindest stichprobenartig kontrolliert werden. Dieses gilt selbst gegenüber dem Gesellschafter. Dieser erfüllt die steuerlichen Pflichten des Tochtergesellschafters nicht als weisungsberechtigter Muttergesellschaftler, sondern wie ein weisungsgebundener Dienstleister der Tochtergesellschaft.

Eine besondere Herausforderung ist es, wenn man das Amt eines Geschäftsführers in einer GmbH übernimmt. Selbst wenn man vorher in dem Unternehmen als „normaler Angestellter“ gearbeitet

hat und damit die Interna kennt, ist die Übernahme der Geschäftsführung eine kritische Phase, bei der auch steuerliche Aspekte berücksichtigt werden müssen. Ob und inwieweit steuerliche Pflichten von dem zukünftigen Geschäftsführer zu erfüllen sind, sollte daher bereits vor Unterschrift des Arbeitsvertrags und dem Dienstantritt mit dem Arbeitgeber geklärt werden. Dies betrifft insbesondere die Frage der Geschäftsverteilung. Die Beachtung steuerlicher Pflichten in der Übergangsphase ist von besonderer Bedeutung, wenn man Alleingeschäftsführer wird bzw. in einer mehrköpfigen Geschäftsführung die Zuständigkeit für das Rechnungswesen und die Steuern übernehmen soll.

Nach Dienstantritt muss sich der Geschäftsführer mit dem Unternehmen, für das er tätig ist, vertraut machen. Hierbei ist eine Vielzahl von Aspekten zu berücksichtigen, unter denen die Steuern nicht die wichtigste Rolle spielen. Vorrangig wird man mit den Gesellschaftern, den Mitgeschäftsführern, den Mitarbeitern, den Hauptkunden und Lieferanten Kontakt aufnehmen.

Da die steuerlichen Pflichten unabhängig von dem Wechsel in der Geschäftsführung fortgelten, ist der neue Geschäftsführer aber auch dafür verantwortlich, dass diese steuerlichen Pflichten ohne Unterbrechung ordnungsgemäß erfüllt werden. Von daher wird er klären müssen, wie bisher die steuerlichen Pflichten erfüllt wurden. Aufgrund des bisherigen Systems wird er die laufenden Erklärungen zunächst „blind“ übernehmen müssen (z. B. beim Dienstantritt zum 1.3.2023 wird er am 10.3.2023 die Umsatzsteuer-Voranmeldung für den Februar 2023 abgeben müssen, obwohl die Buchhaltung für diesen Monat bereits von anderen Personen vor seinem Dienstantritt abgeschlossen wurde).

Unabhängig von der Erfüllung dieser laufenden Pflichten, wird sich der neue Geschäftsführer damit auseinandersetzen müssen, ob die bisherigen Arbeitsabläufe seinen Sorgfaltspflichtenansprüchen Genüge tun. Hierbei sind die wichtigsten Fragen:

- Gibt es überhaupt ein TaxCompliance-System?
- Wie ist dieses TaxCompliance-System ausgestaltet?
- Wer in seinem Unternehmen sind die zuständigen Ansprechpersonen für das TaxCompliance-System?
- Wer sind die steuerlich relevanten Berater?

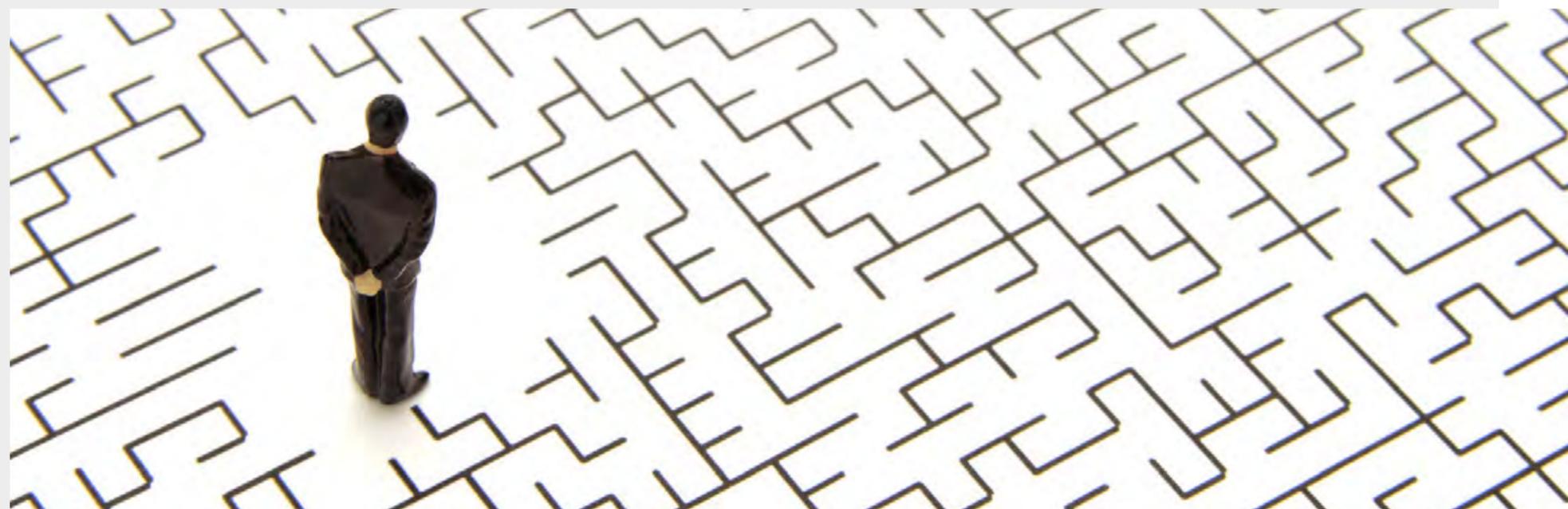
Mit den zuständigen Personen sollte daher möglichst frühzeitig Kontakt aufgenommen werden, um mit diesen abzustimmen, wie es bisher gelaufen ist und ob Änderungsbedarf besteht. Nach dem Motto „neue Besen kehren besser“ besteht gerade in der Anfangsphase die Chance, die Rolle des „Neuen“ dazu auszunutzen, bestehende Systeme zu hinterfragen und Verbesserungsvorschläge zu machen.

Aus eigenem Interesse sollte man Wert darauf legen, dass diese Verbesserungsvorschläge auch umgesetzt werden. Sollte etwas schief laufen, ist der Geschäftsführer nach den §§ 34, 69 AO gegenüber der Finanzverwaltung persönlich verantwortlich. In der Anfangsphase wird die Finanzverwaltung darauf Rücksicht nehmen, dass der neue Geschäftsführer noch nicht alles perfekt in den Händen hält. Nach einer gewissen Übergangszeit erwartet man jedoch, dass der Geschäftsführer die volle Verantwortung für die Tätigkeit seines „Steuerteams“ trägt. Die Dauer dieser Übergangsphase hängt von der Größe des Unternehmens und der Komplexität der Arbeitsabläufe ab. Nach spätestens zwei Monaten darf die Finanzverwaltung jedoch erwarten, dass sich der neue Geschäftsführer auch in die steuerlichen Themen eingearbeitet hat.

Eine große Herausforderung für den neuen Geschäftsführer ist es, wenn er in dieser Übergangsphase feststellt, dass es Verbesserungsbedarf gibt. Zur Vermeidung einer eigenen Haftung wird er daher gehalten sein, das TaxCompliance-System seinen Vorstellungen entsprechend anzupassen.

Noch schwieriger ist die Situation für den neuen Geschäftsführer, wenn er bei dieser Tätigkeit feststellt, dass der bzw. die Vorgänger in der Zeit, in der er noch nicht Geschäftsführer war, Fehler gemacht haben, die sich steuerlich zu Gunsten der GmbH ausgewirkt haben.

Hier ist auf eine Norm hinzuweisen, die im Steuerrecht eine ganz wichtige Rolle spielt: § 153 AO. In dieser Vorschrift wird der Steuerpflichtige verpflichtet, das Finanzamt „unverzüglich“, d.h. ohne schuldhaftes Verzögerung, auf vorangegangene Fehler hinzuweisen. Diese Pflicht zur „Beichte“ bezieht sich nicht nur auf eigene Fehler, sondern auch auf Fehler anderer und erstreckt sich zudem auf Zeiträume, in denen man selbst noch gar nicht Geschäftsführer der GmbH gewesen ist.





Konkret bedeutet dies:

- Macht der „neue“ Geschäftsführer in unserem Eingangsbeispiel bei der Umsatzsteuererklärung März 2023 ungewollt einen „eigenen“ Fehler, muss er das Finanzamt möglichst rasch auf „seinen“ Fehler hinweisen.
- War er selbst gar nicht für die Steuern zuständig und hat der Mitgeschäftsführer die unzutreffende Umsatzsteuervoranmeldung abgegeben, besteht für den „neuen, unzuständigen“ Geschäftsführer dennoch eine solche Hinweispflicht, wenn er den Fehler des für die Finanzen zuständigen Mitgeschäftsführers feststellt. In der Regel sollte diese Berichtigung dann zusammen mit dem für die Steuern zuständigen Mitgeschäftsführer erfolgen.
- Stellt der „neue“ Geschäftsführer nach seinem Dienstantritt am 1.3.2023 fest, dass sein Vorgänger z. B. im Dezember 2022 eine unzutreffende Umsatzsteuervoranmeldung abgegeben hat, muss er ebenfalls unverzüglich eine Berichtigungserklärung veranlassen, obwohl es nicht „sein“ Fehler war.

Die formellen Anforderungen an eine solche Berichtigungserklärung sind zum Glück nicht sehr hoch. Im Gegensatz zur Selbstanzeige nach § 371 AO ist es zunächst ausreichend, dass man auf den Fehler als solchen hinweist. Eine genaue zahlenmäßige Aufarbeitung des Fehlers ist nicht Grundvoraussetzung. Dieses kann nachgeholt werden. Im Gegensatz zur Selbstanzeige kann eine solche Berichtigung auch während einer Betriebsprüfung vorgenommen werden. Schließlich ist die Zahlung der nachzuentrichtenden Steuern nicht Wirksamkeitsvoraussetzung.

Andererseits muss man darauf hinweisen, dass diese Pflicht nach § 153 AO strafbewehrt ist. Unterlässt unser „neuer“ Geschäftsführer, auf eigene oder fremde Fehler unverzüglich hinzuweisen, ist dieses Unterlassen eine eigene strafbare Steuerhinterziehung nach § 370

Abs. Nr. 2 AO. Von daher besteht ein hohes eigenes Interesse, bei Feststellung eines Fehlers zunächst die steuerliche Abteilung hinzuzuziehen, um dann aber möglichst rasch – zur Not vorsorglich – das Finanzamt auf den Fehler hinzuweisen. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass der Fehler nicht oder nicht so groß gewesen ist, kann das im Nachgang unproblematisch korrigiert werden.

Auf jeden Fall sollte vermieden werden, durch umfangreiche Korrespondenz mit dem Steuerberater, der Steuerabteilung und der Konzernzentrale zu dokumentieren, dass man den Fehler erkannt hat, um dann aber – aus welchen Gründen auch immer – von einer Berichtigung abzusehen.

Diese warnenden Worte sollen jedoch nicht dazu führen, dass nach Dienstantritt steuerlich das Unternehmen auf den Kopf gestellt wird, um gezielt nach solchen Fehlern zu suchen. Erweist sich das bestehende TaxCompliance-System nach einer ersten Prüfung als ausreichend, darf der neue Geschäftsführer auf die Ordnungsgemäßheit der bisherigen Erklärungen und der unter seiner Regie abzugebenden Erklärungen vertrauen. Wichtig ist „nur“, dass es ein solches vom Grundsatz her ordnungsgemäßes TaxCompliance-System gibt und sich der neue Geschäftsführer von dessen Ordnungsgemäßheit überzeugt hat.

Ist dieses gewährleistet, darf sich und muss sich der neue Geschäftsführer dem zuwenden, weswegen er zum Geschäftsführer gemacht wurde: Eine erfolgreiche Unternehmensführung, um sich am Markt durchzusetzen und möglichst nachhaltige Gewinne zu erwirtschaften. ■

Company Reimbursement-Klausel und Eigenschadenklauseln in der D&O-Versicherung



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

I. Hintergrund

Die D&O-Versicherung ist wichtiger Bestandteil der Absicherung der Haftungsrisiken der Manager und ggf. der leitenden Angestellten. Dies betrifft sowohl die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft, bei der die Kontroll- und Leitungsorgane oder leitenden Angestellten tätig sind, als auch ihre Außenhaftung gegenüber Dritten, denen sie in Ausübung ihrer Tätigkeit Vermögensschäden zufügen. Die Manager bzw. leitenden Angestellten sind die sog. Versicherten Personen. Ihnen wird ein Direktanspruch auf Versicherungsschutz gegenüber dem D&O-Versicherer eingeräumt. Demgegenüber ist die Gesellschaft, die den D&O-Versicherungsvertrag für ihre Kontroll- und Leitungsorganmitglieder bzw. ihre leitenden Angestellten, auch soweit diese in ihren Tochtergesellschaften tätig sind, abschließt, selbst gar nicht versichert. Sie wird zwar Vertragspartnerin und schuldet die Prämien, Versicherungsschutz erhalten jedoch nur die Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte und ggf. – soweit mitversichert – die leitenden Angestellten. Insofern handelt es sich um eine Versicherung auf fremde Rechnung.

II. Leistungen aus der D&O-Versicherung

Macht die Gesellschaft geltend, ihr Manager oder auch ein leitender Angestellter habe sie geschädigt, ist sie darauf angewiesen auf eigene Kosten den Haftungsanspruch zu verfolgen. Sie muss hierfür die Gerichts- und Anwaltskosten aufbringen. Demgegenüber erhält der betreffende Manager bzw. leitende Angestellte aus der D&O-Versicherung für die sog. Abwehr des Anspruchs Versicherungsschutz, was in diesem Stadium bedeutet, dass der Versicherer die Kosten

des Verfahrens übernimmt. Kommt es zu einer Verurteilung, stellt der Versicherer den Versicherten von seiner Haftung frei. Erst dann würde die Zahlung an die klagende Gesellschaft erfolgen.

Ein ähnliches Szenario ergäbe sich, wenn der Manager oder Angestellte von einem Dritten wegen eines Vermögensschadens in Anspruch genommen wird, den z. B. der Geschäftsführer dem Kunden zugefügt hat. Allerdings treten in der Praxis hier kaum Haftungsfälle auf, jedenfalls nicht solche, die versichert sind, da die D&O-Versicherung ausschließlich Vermögensschäden betrifft. Anders ist dies bei Personen- und Sachschäden, die Dritten zugefügt werden, die jedoch nicht unter die D&O-Versicherung, sondern unter die Betriebshaftpflichtversicherung fallen. Nimmt jedenfalls der Dritte, z. B. der geschädigte Kunde den Geschäftsführer unmittelbar in Anspruch, würde der D&O-Versicherer auch hier, wenn die Haftungslage nicht eindeutig ist, zunächst Abwehrdeckung gewähren und den Geschäftsführer im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung freistellen.

III. Interessenlage bei der Gesellschaft

Die Gesellschaft hat ggf. ein Interesse daran, dass der Haftungsprozess vermieden wird. So könnte sie Wert darauf legen, den Kunden ihrerseits zu befriedigen, weil sie diesen halten möchte oder weil sie im Falle der Nichtzahlung einen Reputationsverlust befürchtet. Anschließend könnte die Gesellschaft den von ihr verauslagten Betrag beim Geschäftsführer einfordern. Auch bei der Innenhaftung möchte die Gesellschaft trotz ihres Eigenschadens z. B. weiterhin an dem Geschäftsführer festhalten, weil er sonst erfolgreich arbeitet.



Die Gesellschaft wäre bereit ihn von der Haftung freizustellen, jedenfalls wenn an seiner Stelle der D&O-Versicherer einspringt. Dies sind Konstellationen für die die sog. Company Reimbursement-Klausel oder eine Eigenschadenklausel.

IV. Mögliche Klauseln

Die Company Reimbursement-Klausel in den sog. Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft lautet z. B. wie folgt:

Siehe z. B. A-3 Company reimbursement AVB D&O

Besteht eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers oder einer Tochtergesellschaft, versicherte Personen für den Fall, dass diese von Dritten, also nicht von dem Versicherungsnehmer oder einer Tochtergesellschaft oder einer anderen versicherten Person in dem in A-1 beschriebenen Umfang haftpflichtig gemacht werden, freizustellen (company reimbursement), so geht der Anspruch auf Versicherungsschutz aus diesem Vertrag in dem Umfang von den versicherten Personen auf den Versicherungsnehmer oder seine Tochtergesellschaft über, in welchem dieser seine Freistellungsverpflichtung erfüllt. Voraussetzung für den Übergang des Versicherungsschutzes ist, dass die Freistellungsverpflichtung nach Art und Umfang rechtlich zulässig ist.

Reimbursement in diesem Zusammenhang meint Erstattung der von der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft geleisteten Zahlung. Mit dem Versicherer kann – wie dies in A-3 AVB D&O geschehen ist – vereinbart werden, dass der Versicherer eintrittspflichtig ist, wenn aufgrund einer Verpflichtung der Versicherungsnehmerin zur Freistellung der versicherten Person der Schaden von dieser auf die Gesellschaft durch Erfüllung der Freistellungsverpflichtung verlagert wird.

Eine Eigenschadenklausel für einen GmbH-Geschäftsführer kann z. B. wie folgt lauten:

„Der Versicherer bietet der Versicherungsnehmerin und Tochtergesellschaften Versicherungsschutz für Schäden aufgrund von Pflichtverletzungen, die begangen wurden durch versicherte Personen soweit deren Haftung allein deswegen ausgeschlossen ist, weil die Versicherungsnehmerin oder Tochtergesellschaften vor Begehung der Pflichtverletzung auf eine Haftung rechtswirksam verzichtet hat oder sofern für sie die Haftungsfreistellung des § 31 a I BGB sowie entsprechender ausländischer Rechtsordnungen gilt.“

Für einen leitenden Angestellten wird an die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs angeknüpft, Der Arbeitnehmer haftet nicht, wenn die Voraussetzungen dieser Grundsätze vorliegen. Gleichwohl hat er einen Schaden angerichtet, der versichert werden soll. Eine etwaige Klausel könnte wie folgt lauten:

Der Versicherer bietet der Versicherungsnehmerin und Tochtergesellschaften Versicherungsschutz für Schäden aufgrund von Pflichtverletzungen, die begangen wurden durch versicherte Personen, soweit sie aufgrund der Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich sowie entsprechender ausländischer Rechtsvorschriften von einer Haftung gegenüber der Versicherungsnehmerin freigestellt sind.

In den vorgenannten Konstellationen entsteht wegen der Freistellung im Vorfeld schon gar kein Schadensersatzanspruch gegen die handelnden Personen seitens der Gesellschaft bzw. bei der Außenhaftung kein Rückgriffsanspruch, wenn die Gesellschaft den Dritten befriedigt. Bei der Gesellschaft tritt jeweils ein sog. Eigenschaden ein. In Betracht kommen Eigenschadenklauseln insbesondere für Organpersonen, deren Haftung sich vertraglich abschwächen lässt. Dies ist vor allem bei GmbH-Geschäftsführern möglich. So kann durch entsprechende Vereinbarung ihre Haftung

für einfache Fahrlässigkeit im Verhältnis zur GmbH ausgeschlossen werden können. Deshalb haben Eigenschadenklauseln bei GmbH-Geschäftsführern praktische Bedeutung. Hingegen lässt sich die Haftung der Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder einer AG nicht vertraglich abschwächen, dort kommt nur unter engen Voraussetzungen ein nachträglicher Verzicht in Betracht. Einen weiten Anwendungsbereich haben Eigenschadenklauseln, wo Organpersonen bereits kraft Gesetzes privilegiert haften. So haften kraft Gesetzes ehrenamtlich tätige Vorstände von Vereinen (§ 31a BGB) und Genossenschaften (§ 34 GenG) privilegiert. Ebenfalls abgeschwächt haften – wie erwähnt – Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber.

Nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung müssen hierbei auch leitende Angestellte gegenüber der Gesellschaft als ihrer Arbeitgeberin nicht für einfache Fahrlässigkeit haften. Bei sog. mittlerer Fahrlässigkeit kommt nur eine anteilige Haftung in Betracht. Bei grober Fahrlässigkeit besteht nur ausnahmsweise, ggf. anteilig ein Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber, bei Vorsatz scheidet dieser komplett aus. Dies legen die sog. Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs fest, die von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelt wurden.¹ Der Gesetzgeber hat für die privilegierte Arbeitnehmerhaftung zudem klargestellt, dass der Arbeitgeber das Verschulden des Arbeitnehmers beweisen muss (§ 619a BGB). Dies ist bei der Organhaftung der Vorstände, Aufsichtsräte und Geschäftsführer genau umgekehrt, dort müssen sich die Organmitglieder hinsichtlich ihres Verschuldens entlasten. Auch durch diese Beweislastverteilung sind die Arbeitnehmer privilegiert. Die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung gelten nicht für die Leitungsorgane wie die Geschäftsführer und Vorstände,² jedoch für alle Arbeitnehmer einschließlich der leitenden Angestellten.³

Vereinbarungen zur Haftung lassen sich, wie hier dargestellt, im Vorfeld oder auch nachträglich treffen. Dazu gehören dann auch Beschlüsse zur Entlastung, soweit diese eine haftungsentlastende Wirkung haben.

¹ BAG Beschl. v. 25.9.1957 - GS 4 (5)/56 BAGE 5, 1 = NJW 1958, 235 „Ein Arbeitnehmer, der fahrlässig den Arbeitsunfall eines anderen Arbeitnehmers desselben Betriebes oder Unternehmens verursacht hat, haftet dem Geschädigten nicht, wenn und soweit ihm eine Belastung mit solchen Schadenersatzansprüchen deshalb nicht zugemutet werden kann, weil seine Schuld im Hinblick auf die besondere Gefahr der ihm übertragenen Arbeit nach den Umständen des Falles nicht schwer ist.“, NJW 1977, 598

² So BGH, Urt. v. 27.2.1975, II ZR 112/72, juris (zur Genossenschaft), Orientierungssatz: 1. Das geschäftsführende Vorstandsmitglied einer Genossenschaftsbank ist auch für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen haftbar; OLG Koblenz, Urt. v. 24.09.2007, 12 U 1437/04, Rn. 130, juris.de.; Grundlegend Jousen, Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerhaftung, RdA 2006, 129;

³ Fritz Haftungsbegrenzung bei Führungskräften, NZA 2017, 673

⁴ Entnommen aus Jula Praxiskommentar D&O-Versicherung und Managerhaftung A-2 AVB D&O Rn. 8.

V. Funktionsweise der Klauseln

Die Funktionsweise der Klauseln soll am folgenden Beispiel verdeutlicht werden:

Beispiel: „Vertrauen auf Studie“⁴

Der Geschäftsführer eines großen Herstellers von Baustoffen verhandelt mit einem Kunden über einen Großauftrag. Am Abend vor der Besprechung übergibt ein angestellter Mitarbeiter dem Geschäftsführer einen Bericht über eine Studie eines Baubiologen über ein Produkt des Mitbewerbers. In dem Schriftstück wird ausgeführt, dass die Baustoffe des Konkurrenten gesundheitsgefährdend seien. Es ist davon die Rede, dass bei den Bauteilen toxische Gase freierwerden, die zu einer Erbgutschädigung und Krebszeugung führen können. Der Bericht ist eine Fälschung des Mitarbeiters, der seinem Chef einen Denkkzettel verpassen möchte, weil dieser ihn nach seinem Empfinden ständig mobbt. Der Geschäftsführer verkündet das Ergebnis der Studie auf der Besprechung mit dem Kunden, weshalb die GmbH den Großauftrag erhält. Er übergibt sogar eine Kopie des Berichts. Der Konkurrent erfährt von dem Kunden von dem gefälschten Bericht und konfrontiert die GmbH und den Geschäftsführer damit. Der Konkurrent droht eine Klage auf Schadensersatz direkt gegen den Geschäftsführer in Höhe von 1 Mio. Euro an und beruft sich auf § 824 I BGB. Dort heißt es: Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss.



Der Geschäftsführer verhandelt mit dem Konkurrenzunternehmen über eine Lösung. Da ihm dieses am Ende abnimmt, dass er selbst getäuscht wurde, einigt man sich auf einen Schadensersatz in Höhe von 300.000 Euro. Die GmbH stellt den Geschäftsführer von diesem Vergleichsbetrag frei und zahlt ihn an den Konkurrenten. Nunmehr verlangt die GmbH Erstattung vom D&O-Versicherer und beruft sich auf die vereinbarte Company Reimbursement-Klausel.

Auch durch die Company Reimbursement-Klausel bleibt es beim versicherten Umfang der Organhaftungsansprüche. Grundsätzlich gilt: Hatte der Geschäftsführer als versicherte Person vor der Freistellung durch die GmbH keinen Versicherungsschutz, ändert sich dies auch nicht dadurch, dass die Gesellschaft den Schaden gegenüber den Dritten ausgleicht. Die GmbH kann nur Erstattung verlangen, wenn sie einen von der D&O-Versicherung gedeckten und dort versicherten Anspruch befriedigt hat. Dies ist im vorgenannten Fall zweifelhaft. Der Versicherer hätte ggf. auf Abwehr bestanden, da der Geschäftsführer nicht vorsätzlich handelte, denn er wusste nichts von der Fälschung und wollte keine Kreditgefährdung begehen. Die Zahlung des Vergleichsbetrags war ggf. nicht erforderlich bzw. entsprach dies nicht der materiellen Rechtslage. Dem ist indes nicht zu folgen, denn die Kreditgefährdung kann auch vorliegen, wenn dem Betroffenen die Unrichtigkeit nur fahrlässig unbekannt geblieben ist.⁵ Die sonstigen Voraussetzungen für den Versicherungsschutz wären gegeben: Der Geschäftsführer hat einen Vermögensschaden verursacht und nicht wissentlich seine Pflichten verletzt.

Zu prüfen wäre noch, ob die Company Reimbursement-Klausel voraussetzt, dass die Vereinbarung über die Freistellung vor der Begründung des Schadensersatzanspruchs bestanden haben muss.

Die vorgenannte Klausel lässt auch eine nachträgliche Zusage zu, damit könnte die Freistellung auch erst nachträglich vereinbart werden.⁶ Der Mitarbeiter, der hier die gefälschte Studie überreicht hat, hätte hingegen keinen Versicherungsschutz, selbst wenn er leitender Angestellter sein sollte, da er den Schaden vorsätzlich herbeiführte bzw. wissentlich seine Pflichten als Arbeitnehmer verletzte. Hier wäre der D&O-Versicherer leistungsfrei. Anders wäre dies, wenn dem Mitarbeiter, der in leitender Position tätig sein muss, seinerseits die Studie ohne sein Wissen untergeschoben worden wäre und man annimmt, dass er die Fälschung ohne weiteres durch eine Prüfung der Plausibilität bzw. durch eine stichprobenhafte Nachfrage, z. B. bei dem angegebenen Labor oder einem dort genannten und zitierten Wissenschaftler hätte erkennen können und müssen.

VI. Fazit

Die Praxistauglichkeit der Company Reimburse- und Eigenschadenklauseln ist noch nicht durch die Rechtsprechung erprobt, da veröffentlichte Rechtsprechung nicht existiert. Bei dem Abschluss von D&O-Policen sollte überlegt werden, ob man ein Deckungskonzept wählt, das solche Klauseln enthält. Dies ist dann besonders wichtig, wenn leitende Angestellte mitversichert werden sollen, ehrenamtliche Leitungsmitglieder tätig sind oder wenn mit Leitungsmitgliedern bei einer GmbH für einfach fahrlässig verursachte Schäden Freistellungsvereinbarungen getroffen werden. ■

⁵ RG Urt. v. 14.12.1902 - Rep. VI. 167/03, RGZ 56, 257, 285; OLG Stuttgart Urt. v. 11.6.1975 - 4 U 142/74, NJW 1976, 628 Siemens/Delius.

⁶ Mitterlechner/Wax/Witsch D&O-Versicherung, § 4 Rn. 29

Der Geschäftsführer als Gesprächspartner des Betriebsrats



Dr. Frank Wetzling
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Moritz Janssen
Rechtsanwalt,
Bette Westenberger Brink
Rechtsanwälte PartGmbH

1. Der Geschäftsführer als höchster Repräsentant des „Arbeitgebers“

Im Betriebsverfassungsgesetz wird häufig – wie auch in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen – vom „Arbeitgeber“ gesprochen, vgl. u.a. §§ 81 (Unfall- und Gefahrunterweisung), 90 (Gestaltung von Arbeitsplätzen), 92 (Personalplanung), 96 (betriebliche Weiterbildung), 99 (Einstellung, Eingruppierung, Versetzung), 102 (Kündigung der Arbeitnehmer). Der Arbeitgeber ist der klassische Vorgesetzte und der Geschäftsführer (GF) ist der höchste Vorgesetzte und deshalb in der Regel als zentraler Arbeitgeber im Sinne der Betriebsverfassung zu verstehen. Der Betriebsrat (BR) wird sich daher häufig, wenn er mit dem Management, das an die Unternehmensspitze berichtet, nicht zurecht- oder auskommt oder die ihm gegenüber eingeschalteten Führungskräfte nicht ausreichend mit seinen Vorhaben sympathisiert, gern an die Geschäftsführung wenden. Das ist auch prinzipiell sein Recht. Der Geschäftsführer muss immer damit rechnen, zumindest als Letztverantwortlicher oder gar als Troubleshooter für Vorgänge angesprochen zu werden, in denen Ansprechpartner auf unterer Ebene nach Ansicht des BR nicht abschließend beziehungsweise ausreichend vollständig bevollmächtigt sind. Wenn etwa – nach abgestimmter Personalplanung (vgl. § 92 BetrVG) – neue Mitarbeiter auszuwählen und einzustellen sind, wäre es voraussichtlich ein Missbrauch des zur Verfügung stehenden Zeitvolumens des GF, wenn er sich insoweit häufig oder gar regelmäßig einschalten sollte.

Wichtig ist daher, dass der GF frühzeitig begreift und die Hintergründe anerkennt, warum es – schon aus Gründen zeitlicher Beanspruchung – sehr sinnvoll ist, zumindest für die normale (evtl.

wöchentliche) Kontaktarbeit mit dem BR die HR-/Personalabteilung uneingeschränkt zu bevollmächtigen und zu beauftragen. Es gibt im hierarchischen Gefüge eines Unternehmens grundsätzlich die Zuständigkeit der Personalabteilung als Gesprächs- und Regelungspartner des BR. Damit werden die laufenden Aufgaben aus der Betriebsverfassung auch in diesem Verhältnis erledigt, wie z. B. Überstundenfragen, standardisierte Einstellungen, Versetzungen von Mitarbeitern im Betrieb, evtl. wöchentliche Besprechungen mit dem BR.

Allerdings ist insoweit auch von großer Bedeutung, dass der GF die Enthaltensamkeit in diesen Regelungsbereich durchhält und sich nicht etwa nach einem erratischen System hin und wieder erlaubt zu intervenieren, wenn er den Vorgang für interessant genug hält. Eine solche Form der Stop- and Go-Zuständigkeit der HR-Abteilung führt meist zur Entwertung ihrer Funktion und Kompetenzen. Sie wird dann nicht ernst genommen und der BR wird sich immer wieder frühzeitig an den GF wenden, wenn der Personalleiter sich nicht ausreichend willig zeigte, auf seinen Vorschlag einzugehen. Daraus resultiert dann meist eine unerträgliche zeitliche Belastung des GF und eine Miniaturisierung der Bedeutung der Personalleitung.

2. Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeberverband

In seiner hervorgehobenen Funktion vertritt der GF typischerweise das Unternehmen anlässlich grundsätzlicher Treffen im Arbeitgeberverband, vorausgesetzt, es gab bereits einen Beitritt zum zuständigen Arbeitgeberverband oder die Mitgliedschaft erscheint



für die Zukunft sinnvoll. Gibt es allerdings mehrere GF, so wird meist jener GF-Kollege die Zuständigkeit wahrnehmen, der als Arbeitsdirektor oder Personal-GF für dieses Ressort die besondere Verantwortung trägt. Der Arbeitgeberverband ist ein wichtiges Netzwerk für das Unternehmen, insbesondere, wenn es um die Regelung der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter in Form von Entgelt- und Mantel-Tarifverträgen geht, oder um andere wichtige soziale Fragen, die meist nicht nur ein Unternehmen, vielmehr verschiedene Unternehmen einer Branche angehen, z. B. Lebens-Arbeitszeit-Verträge der Mitarbeiter. Häufig erhält das Unternehmen durch die Mitgliedschaft im Verband regelmäßige rechtliche und wirtschaftliche Informationen und zudem das Angebot der Vertretung im Fall arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen, welche für das Unternehmen sinnvoll sein kann.

3. Begegnung mit Vertretern der Gewerkschaft

Auch wenn das Unternehmen keinem Verband angehört, muss der GF immer damit rechnen, dass Gewerkschaftsvertreter in den Betrieb kommen, z. B. anlässlich von Betriebsversammlungen vgl. § 46 BetrVG (Teilnahmerecht an Betriebs- und Abteilungsversammlungen). Die Vertreter der

Gewerkschaft haben insoweit ein eigenes Teilnahmerecht, können die erforderlichen Versammlungen sogar selbst einberufen, vgl. § 43 Abs. 4 BetrVG. Sie lassen sich die Teilnahme an diesen Treffen häufig nicht entgehen, weil sie u.a. für die Akquisition von Mitgliedern eine wichtige Kontaktbörse sind. Zudem können die Vertreter der Gewerkschaft durch eine Ansprache in eine Richtung lenken. Wegen der bei ihnen häufig anzutreffenden Sachkunde und der Relevanz des Themas für die Belegschaft können sie ein wichtiger Meinungsbildner (Opinion Leader) sein.

Es fragt sich, wie der GF mit dieser Situation umgehen soll. Häufig sind insbesondere neu bestellte GF zunächst etwas ratlos und wissen nicht, welche Rolle sie übernehmen sollen. In aller Regel dürfte es sich empfehlen, das Mitglied der Gewerkschaft, das an der betrieblichen Versammlung teilnimmt, zu einem kurzen Vorab-Gespräch einzuladen. In diesem Gespräch sollte der GF ein positives Interesse zeigen, das Mitglied der Gewerkschaft kennen zu lernen. Diese konstruktive Haltung wird meist dazu führen, dass eine evtl. anstehende feindliche Agitation im Betrieb unterbleibt, die andererseits durch Nicht- oder Missachtung geschürt werden kann. In diesem Rahmen kann es zudem klug sein, vorab kurz darüber zu sprechen, was im Unternehmen zurzeit

auf der Agenda steht, soweit die Vorhaben dem BR bereits bekannt gemacht wurden. Evtl. lassen sich auch bereits Punkte vorab andiskutieren, welche die jeweilige Seite in der Versammlung ansprechen möchte.

4. Fall-back-Position

Wie schon unter der Ziff. 1 notiert, ist es wichtig, dass der GF versteht, Verhandlungs- und Entscheidungsbefugnisse zu delegieren und die Delegation aufrecht zu erhalten. Er kann und darf nicht laufende betriebliche Angelegenheiten an sich ziehen, er wird seine Zeit insbesondere darauf fokussieren, Kontakte mit Kunden oder anderen Geschäftspartnern herzustellen, zu pflegen oder auszubauen. Die Zurückhaltung im internen Bereich ist zudem wichtig, um eine Möglichkeit zu schaffen, für das Unternehmen in Konfliktfällen noch eine Beschwerde- und Anrufungsinstanz zur Verfügung zu stellen. Der GF wird nicht selten vorläufige Entscheidungen des Managements zu prüfen und ggf. zu revidieren haben. Das kann aber nur dann wirksam unternommen werden, wenn der GF nicht von Anfang an beteiligt war. Denn in diesem Fall ist er befangen und kann nicht vorurteilsfrei neu entscheiden. Der BR wird die entsprechende Befähigung des GF sorgfältig beobachten. Soweit es

das Verhältnis des GF zur Personalleitung angeht, wird der kompetente GF daher dafür sorgen, die Personalleitung in ihren Entscheidungen weitgehend autonom agieren zu lassen und nur diskret zu unterstützen und im Krisenfall zu verteidigen. Das ist nicht nur notwendig, um den – zeitlich nicht zu bewältigenden – Direktverkehr mit dem BR zu unterbinden, sondern für den Erhalt der Funktionsfähigkeit, einschließlich der Motivation des Trägers der HR-Funktion, meist unabdingbar. Sollte es aber notwendig werden, eine Entscheidung zurückzunehmen, hat der GF die Vollmacht der Fall-back-Position. Er kann die Entscheidung – wie eine Berufungsinstanz im Gerichtsweg – zurücknehmen und evtl. dabei auf Besonderheiten der Fall-Situation hinweisen, die u. U. vorher nicht zu erkennen waren oder auf neu gewonnene Erkenntnisse verweisen, die erst nachträglich verfügbar waren.

5. Die Zusammenarbeit mit dem BR im Kleinbetrieb

Die Fall-back-Position entfällt, wenn der GF den Betrieb ohne Einrichtung einer Personalleitung zu führen hat. Diese Verhältnisse sind in Betrieben bis zu 50, gelegentlich bis zu 100 Mitarbeitern anzutreffen. Vor allem dann, wenn es keinen Betriebsrat gibt. Die

Organisation einer Personalleitung ist keine unternehmerische Pflicht und daher kann es sein, dass der Betriebsleiter sich in kleineren Betrieben der Zusammenarbeit mit den Angehörigen der Belegschaft, ggf. auch mit dem BR selbst annimmt. Der BR soll bereits dann gebildet werden, wenn 5 ständig wahlberechtigte Mitarbeiter im Betrieb vorhanden sind, vgl. § 1 Abs. 1 BetrVG. Allerdings unterbleibt in Kleinbetrieben häufig die Bildung des BR, weil die Beschäftigten ihre Anliegen noch ausreichend selbst mit dem GF abstimmen können. Besonders in Kleinbetrieben ist es nützlich, wenn nach den Besprechungen zwischen dem GF mit dem BR kurz das Ergebnis des Gesprächs – nicht dessen Verlauf – protokolliert wird. Da der zeitliche Zwischenraum von einem Monat zwischen den Gesprächen groß ist, wird es wichtig sein, genauer zu erinnern, was in welcher Form schon verabredet war und evtl. mit welchen Zielen ein Vorhaben weiter verfolgt werden sollte. Das Protokoll sollte partnerschaftlich abwechselnd, mal von der einen, mal von der anderen Seite geschrieben werden. Für die Treffen mit dem BR sollte der GF darauf achten, dass sich die HR-Abteilung an eine Tagesordnung gewöhnt und möglichst auch eine Vorabstimmung, welcher Punkt voraussichtlich wie viel Zeit beanspruchen wird. – Der BR im Kleinbetrieb hat weitgehend bereits die Befugnisse des BR im größeren Betrieb ab

50 Mitarbeitern. Er ist jedoch noch nicht zu beteiligen, wenn es um Einstellungen, Ein- oder Umgruppierungen bzw. Versetzungen geht und nicht wenigstens 20 Mitarbeiter beschäftigt sind.

6. Betriebliche Grundsatzfragen sowie Unterzeichnung von Betriebsvereinbarungen

Wegen seiner exponierten Verantwortung ist der GF derjenige, der im Wesentlichen die prägenden Vorgänge im Betrieb festlegt, z. B. Formen der Zusammenarbeit mit Verbänden und Kommunen, die betriebliche Infrastruktur, das soziale Engagement für die Belegschaft (z. B. durch Schaffung wichtiger Weiterbildungsmaßnahmen, Einrichtung einer betrieblichen Altersversorgung oder etwa eines Sportplatzes für den Betrieb) und externe soziale gesellschaftliche Leistungen, wie ein hoher Stand der Beschäftigung von Minderheitsgruppen, z. B. Schwerbehinderten. Der GF legt auch fest, welche IT-Struktur der Betrieb erhält und welche Betriebsprachen verwendet werden. – Dazu gehört es auch, dass er Betriebsvereinbarungen unterzeichnet, schließlich haben diese eine herausragende betriebliche Bedeutung, vgl. § 77 Abs. 4 BetrVG. Sie gelten wie interne Gesetze und es spielt keine Rolle, ob der

Mitarbeiter sie vorher zur Kenntnis nahm oder nicht. Sie ergänzen in wesentlicher Weise die Arbeitsverträge.

7. Das monatliche Gespräch mit dem Betriebsrat gem. § 74 Abs. 1 BetrVG

Einmal im Monat – so hat es der Gesetzgeber festgelegt – soll es ein Gespräch mit dem BR geben, in dem alle laufenden Angelegenheiten zwischen den sog. betrieblichen „Sozialpartnern“ besprochen werden. Auch dieses Gespräch wird typischerweise vom erfahrenen HR weitgehend autonom wahrgenommen und die in ihm angesprochenen Themen durch diese Abteilung geregelt. Der GF sollte jedoch in der Regel zu einem Schlussteil dazukommen, insbesondere wenn es um die Vorbereitung sensibler Betriebsvereinbarungen geht, z. B. solche, die mit internen Vergütungsfragen zu tun haben oder sich darauf auswirken, zudem solche, die sich mit Fragen der Personalplanung (§ 92 BetrVG) befassen, z. B. der Nachfolgeplanung wichtiger Stellen im Managementbereich, Klärung von Problemen der betrieblichen Software bzw. mit der elektronischen Ausstattung des Betriebs, der Schließung oder deutlichen Ausweitung eines Betriebsteils oder Restrukturierungsvorgängen (Ver-

ringerung des Personals in einem Fachbereich bzw. Einrichtung neuer Arbeitsplätze bzw. Einrichtung einer neuen Produktionslinie, vgl. § 90 BetrVG). Von zentraler Bedeutung wird zukünftig auch die betriebliche Weiterbildung sein, da der Bedarf der Aktualisierung des Methoden- und Sachwissens immer kürzeren Zeitzyklen unterliegt. Der GF zeigt durch seine Beteiligung z. B. der letzten 30 Minuten oder der Beteiligung an jedem zweiten Treffen mit dem BR, dass er das Gremium des BR wertschätzt und sich als nicht-elitärer Gesprächspartner zur Verfügung stellt. Dieser Akt der Pflege der Kontakte zur Arbeitnehmervertretung ist von großer Bedeutung und es wird nicht selten „bestraft“, wenn der GF sich weitgehend heraushält oder gar uninteressiert zeigt. Der GF sollte stets sicherstellen, dass die HR-Abteilung eine Tagesordnung erstellt und möglichst ein Zeitfenster für die Erörterung der jeweiligen Gesprächspunkte.

8. Teilnahme an der Betriebsversammlung

Der „Arbeitgeber“ (hier insbesondere der GF) ist zu ihnen einzuladen und hat die Befugnis, in der Betriebsversammlung zur Belegschaft zu sprechen, vgl. § 43 Abs. 2 S. 1,2 BetrVG. Als Ausdruck der Anerkennung der Bedeutung der Arbeitnehmervertretung und deren Arbeit wird er dies auch in aller Regel tun. Die Betriebsversammlung zeigt meist deutlich, wo der Belegschaft der Schuh drückt und was der BR als maßgeblicher Beauftragter der Interessen der Mitarbeiter vorhat oder ggf. welche Kritik er sich aus der Belegschaft anhören muss. Die aus der Veranstaltung resultierende Nachrichtenbörse vermittelt für den GF wichtige Eindrücke über die (Un-) Zufriedenheit der Belegschaft mit den Verhältnissen im Betrieb. Sie sind aufzunehmen und sollten, wo immer es angebracht ist, zu einer passenden Erwiderung durch den GF führen. Sie muss nicht spontan erfolgen, was häufig – vor allem in aufgeladener Stimmung – nicht anzuraten ist. Sie sollte jedoch – je nach Dringlichkeit – nicht lange auf sich warten lassen. Mindestens einmal im Jahr gibt der GF in der Betriebsversammlung zudem einen Bericht über 5 spezifische Themengebiete:

1. das Personal- und Sozialwesen,
2. über den Stand der Gleichstellung der Geschlechter im Betrieb und
3. der Integration ausländischer Mitarbeiter. Darüber hinaus
4. über die wirtschaftliche Lage und Entwicklung des Betriebs und
5. über den betrieblichen Umweltschutz, vgl. § 43 Abs. 2 S. 3 BetrVG.

Es ist von erheblicher Bedeutung, dass diese Berichte sorgfältig recherchiert und, was das Faktenmaterial angeht, möglichst unangreifbar sind. Der GF sollte bei dieser Berichterstattung auch seine rhetorischen Fähigkeiten gut unter Beweis stellen können. Gerade wenn die Stimmung im Betrieb angespannt ist, muss der GF auch damit rechnen, dass es Unruhe im Raum gibt, evtl. sogar eindeutige Bekundungen von Missfallen und Ablehnung. Damit sollte er umgehen können.

9. Pflicht zur Deeskalation oder Inkaufnahme von Prozessen und Einigungsstellenverfahren

Der GF hat in streitigen Angelegenheiten, die immer wieder im Verhältnis zum BR auftreten können, die zudem nicht selten charakteristisch für das sog. antagonistische Modell der Zusammenarbeit von „Kapital und Arbeit“ sind, unter Einbringung seiner Autorität darauf hinzuwirken, mit Ruhe und vernünftiger Abwägung von Pro und Contra die jeweils anstehenden Diskussionen im Betrieb zu führen. Er hat insbesondere sicherzustellen, dass polemische Hitzigkeit oder offene Aggression in den Auseinandersetzungen unterbleiben und nach Möglichkeit stets die Chance besteht, das Zusammentreffen und Aussprache am „Round Table“ zu arrangieren. Die Anrufung von Arbeitsgerichten und Einigungsstellen sollte allenfalls für seltene Fälle der Nichtregelbarkeit im Betrieb bestehen. Sie sind ohnehin häufig Resultat psychischer Verwerfungen im Unternehmen und bei Erhalt der Dialogfähigkeit innerbetrieblich lösbar. Der Ausschluss der Alternativverfahren ist auch aus wirtschaftlichen Gründen vorteilhaft. Denn wenn z. B. das Einigungsstellen-Verfahren anberaumt wird, ist davon auszugehen, dass schnell 10 bis 15 TEUR für das Verfahren anfallen, weil allein schon der Einigungsstellenleiter (häufig ein Richter oder hauptamtlicher ESt-Leiter) 5 TEUR für den Tag kassiert.

10. Die kostspielige Alternative der Einigungsstelle

Wenn es mit dem Betriebsrat eine nachhaltige Auseinandersetzung gibt und kein interner Brückenschlag mehr möglich erscheint, ist die Stunde der Einigungsstelle gekommen. Das bedeutet, dass dann meist ein Richter berufen ist, die Sozialpartner im Betrieb zu einer gemeinsamen Lösung zu bringen. Das hat zur Folge, dass der externe Mediator (es muss nicht zwingend ein Richter sein) längere Zeit auf die Parteien einzuwirken hat, um am Ende, wenn

immer noch kein Einvernehmen zwischen den Kontrahenten erzielt werden kann (z. B. eine Maßnahme der betrieblichen Ordnung, z. B. unbezahlte Raucherpausen oder Urlaubsgrundsätze), eine einseitige Entscheidung zu treffen. Der ESt-Leiter verlangt für den Zeitaufwand heute den Betrag, den eine Direktionssekretärin monatlich verdient. Der oder die bestellten Beisitzer erhalten von diesem Betrag 70 % für ihre Tätigkeit. Das bedeutet, dass nicht selten ein Betrag in Höhe von 10 TEUR aufgewendet werden muss. Zudem entsteht durch diesen Akt nicht selten ein indirekter Zugzwang für die nächste Konfliktaustragung. Die Berater freuen sich, weil die Zeit ordentlich vergütet ist und sich der Streit auf diese Weise in der Regel gut bezahlt gemacht hat.

11. Due Diligence betr. Führung des Personals

Der GF, der sich für ein neues Unternehmen interessiert, sollte bei der Prüfung seiner Entscheidung möglichst eine Grobkonzeption darüber haben, auf welches Personal mit welcher Streitintensiven oder verträglichen Betriebsrat-Organisation er sich einlassen wird. Das ist nicht nur beim Kauf eines Betriebs oder Unternehmens von Vorteil, vielmehr auch bei der Prüfung, mit welchen Herausforderungen der GF in Zukunft – insbesondere in Diskussionen mit dem Betriebsrat – zu rechnen hat. Dabei sollte der GF folgende Daten kennen:

1. welche Qualifikations- und Altersstruktur, welche hierarchische Struktur und Zusammensetzung an Vertretern verschiedener Nationalitäten, welches Verhältnis von Frauen und Männern hat die Belegschaft?
2. Wie hoch ist der Anteil von Befristeten und Leihkräften?
3. Wie hoch war in den letzten drei Jahren der Weiterbildungs-
etat?
4. Wie viele Arbeitsgerichtsprozesse wurden in den letzten drei Jahren geführt und mit welchem Ausgang?
5. Wie hoch ist die Vergütung der Eckpositionen in der Belegschaft im Verhältnis zu üblichen Entgeltsregelungen in vergleichbaren Unternehmen?
6. Wie viele (evtl. längerfristig unkündbare) Betriebsvereinbarungen regeln die betrieblichen Abläufe?
7. Welche Regeln gelten für die evtl. bestehende betriebliche Altersversorgung?

All diese Angaben haben eine größere Bedeutung – evtl. sogar ein Sprengpotential – im Rahmen anstehender Diskussionen mit dem Betriebsrat. Dieser drängt in der Regel darauf, aus seiner Sicht auffallende strukturelle Unebenheiten alsbald zum Gegenstand von Verhandlungen mit dem neuen GF zu machen. Von ihm erwartet der Betriebsrat häufig die baldige Einleitung von Kursänderungen, zumindest -korrekturen. Dann sollte der GF gut informiert sein, von welchen betriebssoziologischen Daten auszugehen ist. ■

Neues Kartellrecht für den Umgang mit Wettbewerbern. Ein Überblick über die wichtigsten Neuerungen



Dr. Sascha Dethof
Partner | Rechtsanwalt



Charlotte Heidemeyer
Fieldfisher Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB

Das europäische Kartellrecht wird derzeit von der Kommission in einigen Bereichen überarbeitet. So wurden gerade die Vertikal-Leitlinien reformiert. Darin wird die Zulässigkeit von wettbewerblichen Beschränkungen wie Wettbewerbsverbote in Lieferverträgen geregelt.

Auch die Horizontal-Leitlinien werden überarbeitet. Nach derzeitigem Stand treten die neuen Leitlinien Mitte des Jahres in Kraft. Bekanntermaßen dürfen Wettbewerber Parteien keine Preise festlegen oder Märkte aufteilen. Auch der Austausch bestimmter Informationen kann einen schwerwiegenden Kartellrechtsverstoß darstellen.

Allerdings sind natürlich nicht Wettbewerberkontakte an sich unzulässig. Die Leitlinien regeln die Voraussetzungen für zulässige Wettbewerberkontakte. Wichtig sind etwa die Vorgaben dazu, welche Informationen in welcher Form ausgetauscht werden dürfen. Die Leitlinien enthalten darüber Bedingungen für die Kooperationsformen: Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, Produktionsvereinbarungen, Einkaufsvereinbarungen, Vermarktungsvereinbarungen und Normenvereinbarungen.

Wie nah legales und illegales Verhalten beieinander liegen, zeigt das Beispiel der Einkaufskooperation. Unternehmen dürfen grundsätzlich keine Einkaufspreise austauschen und diese auch nicht absprechen (Nachfragekartell). Soweit sie die Voraussetzungen der Leitlinien beachten, dürfen sie aber eine Einkaufskooperation bilden.

Für Unternehmen ist es wichtig, Kartellverstöße bei der Interaktion mit potenziellen Wettbewerbern zu vermeiden. Hierfür stellen die Leitlinien eine wichtige Orientierungshilfe dar und enthalten Hin-

weise darauf, wie die Kommission die üblichsten Formen von Vereinbarungen bewertet. Rechtssicherheit muss insbesondere in den Bereichen bestehen, in denen Verstöße mit hohen Bußgeldern geahndet werden können.

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die wesentlichen Aspekte, die bei einer Kooperation zu beachten sind und weist auf die im Entwurf enthaltenen wesentlichen Neuerungen hin. Die endgültige Fassung der neuen Horizontalleitlinien liegt noch nicht vor.

Informationsaustausch

Die Leitlinien enthalten einige Hinweise dazu, unter welchen Voraussetzungen ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar ist. Unter den Begriff des Informationsaustauschs fallen sowohl der direkte als auch der indirekte Datenaustausch zwischen Wettbewerbern.

Ein solcher Austausch ist unter anderem dann wettbewerbsrechtlich bedenklich, wenn die Informationen Hinweise auf Marktstrategien von Wettbewerbern beinhalten oder zum Zweck der Preisfestsetzung ausgetauscht werden. Allerdings kann nicht nur der beiderseitige Austausch zu wettbewerbsrechtlichen Schwierigkeiten führen, vielmehr kann schon die einseitige Offenlegung einen Kartellverstoß begründen, wenn der Wettbewerber diese akzeptiert.

Im Rahmen des Entwurfs der neuen Horizontal-Leitlinien erweitert die Kommission den Katalog der Informationen, deren Austausch als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bewertet wird. Liegt ein

solcher Datenaustausch vor, muss für die Feststellung eines Kartellverstoßes kein Nachweis mehr über die wettbewerblichen Auswirkungen geführt werden.

Zudem enthält der Entwurf weiterführende Anmerkungen zu verschiedensten Aspekten des Informationsaustauschs, wie beispielsweise zu der Abgrenzung zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Informationen und der Einordnung eines Austauschs im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen (z. B. zum Einsatz eines Clean Teams).

Nachhaltigkeit

Bisher bestand im Bereich der Nachhaltigkeitsvereinbarungen eine Rechtsunsicherheit in Bezug auf die wettbewerbsrechtliche Bedeutung. Dies hinderte Unternehmen in der Vergangenheit häufig daran, sich gemeinsam für nachhaltige Produktion einzusetzen. Dies ändert sich mit dem Entwurf der überarbeiteten Horizontal-Leitlinien, welcher einen neuen Abschnitt zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen enthält.

Unter den Begriff der Nachhaltigkeit fallen nach dem neuen Entwurf nicht nur umweltrechtliche Aspekte wie die Bekämpfung

des Klimawandels, sondern auch soziale Gesichtspunkte wie die Achtung der Menschenrechte.

Der Entwurf der überarbeiteten Horizontal-Leitlinien enthält eine nicht abschließende Liste von Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Kommission es als unwahrscheinlich bewertet, dass eine Vereinbarung den Wettbewerb beeinträchtigt. Dadurch wird ein sogenannter „soft safe harbour“ geschaffen.

Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass ein effektiver und nicht diskriminierender Zugang zu Nachhaltigkeitsstandards gewährleistet wird und eine Freiheit für die Unternehmen bestehen bleibt, höhere Standards anzuwenden.

Gemeinsame Produktion

Im Rahmen von Produktionsvereinbarungen können Unternehmen beispielsweise vereinbaren, dass die Produktion von nur einer Partei übernommen wird oder in einem Gemeinschaftsunternehmen produziert wird. Denkbar ist auch eine Zuliefervereinbarung, bei der die eine Partei die andere mit der Herstellung einer Ware beauftragt.

Horizontale Zuliefervereinbarungen werden von Unternehmen geschlossen, die auf demselben Produktmarkt tätig sind.

Produktionsvereinbarungen können zu einer Koordinierung des Wettbewerbs oder darüber hinaus zu einer wettbewerbswidrigen Verschließung des Marktes gegenüber Dritten führen und deshalb kartellrechtlich bedenklich sein.

Einkaufsvereinbarungen

Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Produkten werden von Unternehmen häufig zu dem Zweck geschlossen, Nachfragemacht zu schaffen. Unter bestimmten Umständen können solche Vereinbarungen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, insbesondere da sich der Anreiz für einen Preiswettbewerb auf den Verbrauchermärkten für die beteiligten Unternehmen erheblich verringert. Verfügen die beteiligten Unternehmen auf den Verkaufsmärkten nicht über Marktmacht, ist es weniger wahrscheinlich, dass Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken besteht.



Der Entwurf der überarbeiteten Horizontal-Leitlinien enthält neue Hinweise zur Abgrenzung zwischen verbotenen Einkaufskartellen und zulässiger Einkaufskooperation. Bestehen bleibt die Marktanteils Grenzen für unbedenkliche Kooperationen in Höhe von 15 % (safe harbour).

Vermarktungsvereinbarungen

Treffen Unternehmen mit ihren Wettbewerbern Vereinbarungen in Bezug auf den Verkauf, den Vertrieb oder die Verkaufsförderung ihrer untereinander austauschbaren Produkte, handelt es sich dabei um Vermarktungsvereinbarungen. Sie können wettbewerbsrechtlich problematisch sein, wenn sie etwa zu Preisfestsetzungen oder Beschränkungen der Produktionsmenge führen.

In diesem Bereich enthält der Entwurf neue Hinweise zu Besonderheiten bei Vermarktungsvereinbarungen bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen sowie einen neuen Abschnitt zu Bieterkonsortien, in welchem hilfreiche Klarstellungen enthalten sind.

Vereinbarungen über Normen/Standards

Bei Vereinbarungen über Normen und Standards tauschen sich Unternehmen im Wesentlichen über technische oder qualitätsbezogene Anforderungen in verschiedensten Bereichen aus. Dies betrifft insbesondere Anforderungen an Produkte, Herstellungsverfahren, Dienstleistungen und Methoden. Solche Vereinbarungen wirken sich zwar in der Regel sehr positiv auf die Wirtschaft aus, können aber unter anderem den Preiswettbewerb beeinträchtigen und daher wettbewerbsrechtlich ebenfalls problematisch sein.

Für diese Art der Vereinbarungen finden sich im Entwurf ebenfalls Neuerungen. Die überarbeiteten Horizontal-Leitlinien enthalten mehr Elemente zur Beurteilung, wann die Lizenzgebühr für standardessentielle IP-Rechte als fair, angemessen und nicht diskriminierend anzusehen sind. Zudem schaffen sie für Unternehmen mehr Flexibilität, da eine Beschränkung der Teilnehmer an der Entwicklung einer Normungsvereinbarung künftig in bestimmten Fällen zulässig sein kann.

Praxishinweis

Für die Geschäftsführung eines Unternehmens ist es wichtig zu wissen, in welchen Konstellationen eine kartellrechtliche Prüfung erfolgen muss. Im Grundsatz gilt hier die Daumenregeln, dass bei jeder Art von Wettbewerberkontakten und Kooperationen mit Wettbewerbern klar sein muss, welche Vorgaben das Kartellrecht aufstellt und ob diese erfüllt werden.

Hierzu gehört auch, dass schon vor Anbahnungsgesprächen eine Schulung der agierenden Mitarbeiter dazu erfolgen sollte, welche Themen die Mitarbeiter besprechen dürfen und welche nicht.

Für die Compliance-Arbeit im Unternehmen ist es wichtig, die internen Leitfäden vor dem Hintergrund des oben skizzierten neuen Rechts zu aktualisieren. ■



Der Beirat als Chance



Kay Klöpping

Rechtsanwalt, Steuerberater,
Partner Familienunternehmen,
KPMG AG

Ein in vielen GmbH eingerichteter freiwilliger Beirat wird häufig nur als Kontrollorgan gesehen. Dabei bietet er die Chance zu viel mehr. Insbesondere kann er bei richtiger Besetzung und Aufgabendefinition ein strategischer Coach des Geschäftsführers sein und sehr viel zur Entwicklung des Unternehmens beitragen.

Beirat in einer mittelständischen Gesellschaft

Viele mittelständische GmbHs und auch viele Familienunternehmen haben einen Beirat; noch mehr haben keinen. Ein Beirat in einer GmbH ist nicht gesetzlich verpflichtend, sondern wird freiwillig durch die Gesellschafter eingerichtet. Bereits der Begriff des Beirats ist variabel und nicht gesetzlich belegt definiert. In manchen Fällen lehnt sich die Ausgestaltung des Beirats an den Aufsichtsrat an oder wird auch als Aufsichtsrat benannt. Aufsichtsrat ist ein gesetzlich definierter Begriff aus dem Aktiengesetz. Insofern sind auch die Aufgaben des Aufsichtsrates konkret umrissen. Dies kann auf die GmbH oder jedes andere mittelständische Unternehmen übertragen werden, muss aber nicht. Insofern ist das Gesellschaftsrecht beispielsweise der GmbH oder der KG flexibel.

Nimmt man den Aufsichtsrat des Aktiengesetz als Vorbild, wären die Aufgaben des Beirates in der GmbH sehr weitgehend. Der Gegenstand der Beschlusshoheit reicht von der Auswahl und Benennung des Geschäftsführers über die Genehmigung besonderer Geschäfte bis hin zur Feststellung des Jahresabschlusses. So weitgehende Rechte wollen die Gesellschafter einer GmbH in der Regel nicht delegieren.

In der Praxis wird der Beirat traditionell als Kontrollorgan für die Geschäftsführung gesehen. Er soll die laufenden Geschäfte überwachen und wesentliche Geschäfte genehmigen. Gerade für Letzteres enthalten viele Gesellschaftsverträge einen Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte. Der Beirat hat u.a. die Aufgabe diese zu genehmigen, da ihm mehr Sachkompetenz zugetraut wird und er in der Regel auch häufiger tagt als die Gesellschafterversammlung.

Die Qualifikation der Beiratsmitglieder

Vor diesem Hintergrund sind viele Beiräte mit dem Unternehmen verbundenen Personen besetzt, die von den Gesellschaftern für geeignet gehalten werden, diese Kontrollfunktion auszuüben, beispielsweise einem Vertreter der Hausbank, dem Rechtsanwalt oder Notar. Festzustellen ist aber auch, dass häufig dieser Personenkreis die Beiräte majorisiert und demgegenüber viele Beiräte nur unterrepräsentativ mit unternehmerisch erfahrenen Personen besetzt sind.

Reduziert man die Aufgaben eines Beirates aber auf die Kontrolle der Geschäftsführung, vergibt man sich viele Chancen. Der Beirat kann ein ideales Instrument sein, das Unternehmen in seiner laufenden Geschäftstätigkeit und gerade auch in seiner strategischen Zukunftsorientierung zu unterstützen.

Will man diese Chance nutzen, müssen die Mitglieder des Beirates auch die dafür erforderlichen Qualifikationen aufweisen. Gefragt sind dazu vor allem unternehmerische Erfahrungen und strategisches zukunftsorientiertes Denken.

Deshalb spricht vieles dafür, die Besetzung des Beirates anhand der konkreten künftigen Herausforderungen des Unternehmens zu gestalten. Egal ob das Unternehmen sich den Herausforderungen einer logistischen Neustrukturierung, einer Digitalisierung seiner Geschäftsmodelle, einer Modernisierung seiner IT-Struktur, einer Erweiterung des internationalen Vertriebsnetzes oder aber eine Verjüngung und Diversifizierung seiner Belegschaft stellt; man sollte für jede dieser Herausforderungen eine Person finden, die sich in ihrem Unternehmen mit vergleichbaren Themen beschäftigt hat.

Diese Kandidaten für einen Beirat wird man nicht unmittelbar aus einem Wettbewerbsunternehmen auswählen. Dennoch ergeben sich regelmäßig ausreichend Themenüberschneidungen, auch mit Unternehmen, die branchennah tätig sind oder vergleichbare Herausforderungen hatten, mit denen man aber nicht im Wettbewerb steht. Damit ver-

bunden stellt sich die Frage, ob auch Gesellschafter im Beirat vertreten sein sollten. Diese Frage lässt sich nicht generell beantworten.

Häufig sucht gerade in einer Nachfolgesituation der scheidende Familienunternehmer seine neue Identität über eine starke Position im Beirat. Dies ist aber gefährlich und wenig zielführend, wenn er als Schattengeschäftsführer das Unternehmen lenkt und die Geschäftsführung lenkt und leider häufig auch in das tägliche Geschäft eingreift. Dies kann nur eine Übergangssituation sein und ist für das Unternehmen gefährlich. In dieser Situation wird sich jeder Geschäftsführer fragen, ob er hier überhaupt in seiner Position anerkannt wird und eigenverantwortliche Entwicklungsmöglichkeiten hat.

Sowohl Beirat als auch Geschäftsführung müssen ihre klaren Rollen finden. Dabei muss der Beirat der Coach der Geschäftsführung werden und einen sehr klaren zukunftsorientierten Diskurs mit der Geschäftsführung führen, ohne in das Tagesgeschäft einzugreifen.

Sollten also Gesellschafter die Interessen ihrer Familie im Beirat vertreten wollen, so sollten sich diese Gesellschafter aber dennoch den Anforderungen an die fachliche

Qualifikation genügen und die dem Beirat auferlegte Governance beachten. Erfahrungsgemäß spricht viel dafür, dass die Mehrzahl der Beiratsmitglieder extern benannt sein sollte. Gleichfalls kann es vorteilhaft sein, den Beiratsvorsitzenden nicht aus dem Familienkreis zu wählen.

Amtsperiode und Geschäftsordnung des Beirats

Daran schließt sich die Frage an, ob die Besetzung eines Beirats ein Mandat auf Lebenszeit sein sollte. Sieht man die Aufgabe des Beirats darin, sich mit den aktuellen und zukünftigen Problemen des Unternehmens zu beschäftigen und dies fortzuentwickeln, ist die Frage klar zu verneinen. Eine Benennung auf eine maximale Zeit von fünf Jahren ist durchaus empfehlenswert, da sich danach die jeweils zu diskutierenden Herausforderungen des Unternehmens geändert haben werden. Nach diesem Zeitraum wird man regelmäßig Ansatzpunkte haben, neue Personen und Qualifikationen aufzunehmen.

An dieser Stelle ist generell anzumerken, dass die Aufgaben eines Beirates gerade auch wegen der fehlenden gesetzlichen Re-

gelung durch einen qualifizierten Anwalt beraten und anschließend auch verbindlich in der Satzung der Gesellschaft und gegebenenfalls ergänzend in einer Geschäftsordnung für den Beirat geregelt werden sollten. Dies gibt sowohl den Gesellschaftern, dem Beirat als auch der Geschäftsführung verbindliche Regeln vor, wie man miteinander umgeht und wo die gegenseitigen Aufgaben liegen. Gleichzeitig schafft dies auch den ausreichend formalen Rahmen, beispielsweise für regelmäßige Beiratsitzungen oder Strategietage.

Wie findet man Beiratsmitglieder und wie werden diese vergütet?

Letztlich verbleiben die häufig gestellten Fragen, wo man Mitglieder für den Beirat findet und wie diese vergütet werden sollten?

Bei der Suche nach qualifizierten Beiratsmitgliedern hilft die Analyse der strategischen Herausforderung des Unternehmens für die Erstellung eines Anforderungsprofils für die Mitglieder des Beirats. Erfahrungsgemäß kann ein qualifizierter Personalberater aus seinem Fundus vermittelter Personen dann

qualifiziert weiterhelfen. Viele Geschäftsführer und Unternehmer sehen es als persönliche Herausforderung und als Zeichen der Anerkennung, in einem Beirat mitwirken und ihre Erfahrungen einbringen zu können.

Für die Vergütung lassen sich keine pauschalen Zahlen nennen. Ein Beiratsamt ist auch ein Ehrenamt. Dennoch sollte die Vergütung adäquat sein. Als Faustregel kann man unterstellen, dass die Vergütung mindestens 1/200 des Jahresgehaltes der betreffenden Person pro Tag sein sollte. Rechnet man mit vier Sitzungstagen je Geschäftsjahr zuzüglich jeweils einem Vorbereitungstag sieht man, dass der Aufwand für das Unternehmen regelmäßig im kalkulierbaren Rahmen bleibt.

Der Beirat als Chance für den Geschäftsführer

Der Geschäftsführer selbst sollte unter diesem Aspekt den Beirat nicht als lästiges Aufsichtsorgan begreifen, sondern auch als seine Chance, einen Coach und Sparringspartner zu gewinnen, der ihm hilft, nicht nur die täglichen Herausforderungen zu bewältigen, sondern das Unternehmen langfristig und strategisch erfolgreich entwickeln.

Ein gut besetzter Beirat ist insofern wie ein Berater, der das Unternehmen über einen Zeitraum intensiv begleitet und Anregungen gibt. Die Umsetzung liegt bei der Geschäftsführung; der Beirat setzt die Impulse. Dies ist Chance und Herausforderung zugleich. Der Geschäftsführer wird mit Themen konfrontiert, an die er vielleicht nicht denken würde. Er erhält aber auch Anregungen und Impulse, die ihm einen wesentlichen Beitrag zu operativ strategischen Herausforderungen liefern.

Andererseits liegt die Verantwortung des Geschäftsführers auch darin, zusammen mit den Gesellschaftern oder dem Beirat die Herausforderungen zu definieren, denen sich das Unternehmen zukünftig stellen muss. Das Zusammenspiel beider Organe in einem gemeinsamen strategieorientierten Diskurs kann eine Governance bilden, die das Unternehmen langfristig und strategisch in einem wesentlich besseren Maße ausrichtet.

Letztlich verbleibt es zu erwähnen, dass die aktive Mitarbeit im Beirat eines anderen Unternehmens eine herausfordernde Aufgabe für jeden aktiven Geschäftsführer sein kann, bei der man sein eigenes Erfahrungswissen einbringen kann, da aber auch gleichfalls vielfältige neue Erfahrungen vermittelt. ■



GmbH-Gründung online



Kevin Wilson

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

Seit dem 01.08.2022 besteht in Deutschland die Möglichkeit, eine GmbH vollständig digital zu errichten. Zunächst ist dies nur im Wege der Bargründung möglich, ab dem 01.08.2023 soll das Online-Verfahren jedoch auch auf Sachgründungen ausgeweitet werden. Der Beitrag stellt die neu geschaffenen gesetzlichen Grundlagen sowie den praktischen Ablauf einer digitalen Beurkundung dar.

1. Einleitung

Die Videokommunikation ist mittlerweile fester Bestandteil unseres Alltags sowie der Arbeitswelt geworden. Die Digitalisierung macht auch vor dem deutschen GmbH-Recht nicht halt. Der Gesetzgeber hat mit dem zum 01.08.2022 in Kraft getretenen „Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie“ (DiRUG) erstmals die Möglichkeit geschaffen, notarielle Beurkundungen und Beglaubigungen rein digital in einem Online-Verfahren zu vollziehen. Damit kann mit Einschränkungen auch die Gründung einer GmbH bzw. UG (haftungsbeschränkt) im Online-Verfahren erfolgen.

Mit dem weiter verabschiedeten „Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie“ (DiREG), welches ab dem 01.08.2023 in Kraft treten soll, werden die Möglichkeiten der digitalen Beurkundung und Beglaubigung ausgeweitet. Das Online-Verfahren wird damit eine digitale Alternative zum herkömmlichen Präsenzverfahren vor dem Notar.

2. Beurkundung und Beglaubigung im Präsenzverfahren

Bei der Gründung und Eintragung einer GmbH bzw. UG (haftungsbeschränkt) war bislang das physische Erscheinen vor einem Notar zum Zwecke der Beurkundung sowie Beglaubigung erforderlich.

Nach § 2 Abs.1 Satz 1 GmbHG bedarf der Gesellschaftsvertrag der GmbH der notariellen Form und damit der Beurkundung nach § 128 BGB i.V.m. §§ 6 ff. BeurkG. Hierzu war der Gesellschaftsvertrag bislang vor dem beurkundenden Notar von sämtlichen Gründungsgesellschaftern entweder persönlich oder durch einen Bevollmächtigten eigenhändig zu unterzeichnen. Anschließend war die GmbH zum Handelsregister anzumelden. Hierzu bedurfte es der eigenhändigen Unterschrift der Geschäftsführer, die durch einen Notar zu beglaubigen war.

Dieses herkömmliche Präsenzverfahren für Beurkundungen und Beglaubigungen im Zusammenhang mit der Errichtung einer GmbH wird auch zukünftig weiter Anwendung finden. Es wird jedoch um eine digitale Alternative ergänzt.



3. Digitales Verfahren

Der Gesetzgeber möchte es mit den neu eingeführten digitalen Verfahren ermöglichen, wirtschaftliche Aktivitäten einfacher, rascher und mit Blick auf Kosten und Zeit effizienter einleiten zu können. Die physische Zusammenkunft der Beteiligten und des Notars sind nicht länger zwingend erforderlich. Es kann stattdessen ein digitales Beurkundungs- und Beglaubigungsverfahren genutzt werden. Hierdurch sollen auch Registeranmeldungen einfacher und effizienter gestaltet werden.

3.1. Gründung im Zuge der Online-Beurkundung

Seit 01.08.2022 kann die notarielle Beurkundung im Zusammenhang mit der Gründung einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) im sog. Online-Verfahren mittels Videokommunikation erfolgen.

Der Anwendungsbereich des Online-Verfahrens ist zunächst jedoch auf reine Bargründungen beschränkt.

Ab dem 01.08.2023 soll auch die Sachgründung einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) mittels Videokommunikation möglich sein. Ausnahme hiervon bleiben jedoch Sachgründungen, bei denen Gegenstände eingelegt werden, deren Übertragung ihrerseits beurkundungspflichtig ist. Praktisch relevant betrifft dies Sachgründungen, bei denen die Sacheinlage in einem Grundstück oder einem GmbH-Anteil besteht. Diese Sachgründungen werden auch über den 01.08.2023 hinaus nur im herkömmlichen Präsenzverfahren und nicht im Online-Verfahren möglich sein.

Weitere Einschränkungen der Online-Beurkundung bei der Errichtung einer GmbH ergeben sich jetzt und in Zukunft auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag Regelungen enthält, die ihrerseits gesetzlichen Beurkundungserfordernissen unterfallen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Gesellschaftsvertrag der neu zu gründenden GmbH eine Regelung enthält, welche die künftigen Gesellschafter verpflichtet, in bestimmten Situationen Geschäftsanteile abzutreten.

Auch die im Zusammenhang mit der Gründung gefassten Beschlüsse, etwa zur Bestellung des Geschäftsführers oder Prokuristen, können, sofern sie einstimmig gefasst wurden, im Online-Verfahren beurkundet werden (§ 2 Abs. 3 S. 4 GmbHG). Ergibt sich für diese Beschlüsse allerdings aus anderen Vorschriften eine Beurkundungsbedürftigkeit, scheidet eine Online-Beurkundung wiederum aus.

Neben der eigentlichen Gründung können auch Vollmachten von Gründungsvertretern im Online-Verfahren beurkundet oder beglaubigt werden.

3.2. Satzungsänderungen

Ab 01.08.2023 werden auch Änderungen der GmbH-Satzung nach der Gründung im Wege der Online-Beurkundung erfolgen können, allerdings nur, sofern sie durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss erfolgen. Dies betrifft u.a. auch Kapitalmaßnahmen wie die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals.

3.3. Registeranmeldungen

Seit 1.8.2022 ist für die GmbH die notarielle Beglaubigung von Registeranmeldungen mittels Online-Verfahren möglich. Dies betrifft grds. alle Registeranmeldungen, z. B. die Anmeldung einer Kapitalerhöhung oder der Bestellung eines neuen Geschäftsführers.

3.4. Veröffentlichung

Ab 01.08.2023 wird es nicht mehr erforderlich sein, Urkunden bzw. Informationen gesondert in einem Amtsblatt oder Bekanntmachungsportal zu veröffentlichen. Es wird vielmehr die bloße Eintragung im jeweiligen Register und die damit verbundene Bereitstellung zum Onlineabruf ausreichend sein. Hierdurch soll das Bekanntmachungswesen deutlich vereinfacht werden.

4. Praktischer Ablauf der Online-Gründung

Die Beurkundung selbst findet vollständig über das Portal der Bundesnotarkammer statt. Hierbei wird letztlich das im herkömmlichen Beurkundungsverfahren bekannte Prozedere digital gespiegelt.

Die Videokommunikation erfolgt hierbei über Bild- und Tonübertragung, die nicht aufgezeichnet werden darf.

4.1. Registrierung im Onlineportal bzw. per App

Zunächst müssen sich die Gründer in dem von der Bundesnotarkammer betriebenen Onlineportal <https://www.onlineverfahren.notar.de> anmelden oder sich über ein Smartphone und die ebenfalls von der Bundesnotarkammer bereitgestellte „Notar“-App registrieren, indem E-Mail-Adresse hinlegt und Passwörter vergeben werden.

4.2. Auswahl des örtlich zuständigen Notariats

Nach der Anmeldung muss der zuständige Notar ausgewählt werden. Während das Gesetz bei Präsenzterminen die freie Auswahl des beurkundenden bzw. beglaubigenden Notars vorsieht, gilt im Videoverfahren das Amtsbereichsprinzip, d.h. eine feste örtliche Zuständigkeit. Diese liegt beim Videoverfahren entweder am Gesellschaftersitz (Satzungssitz) der GmbH oder dem Wohnsitz (melderechtlicher Hauptwohnsitz) oder Sitz (bei Gesellschaften) eines Gesellschafters.

4.3. Hochladen von Dokumenten

Über das Onlineportal ist es außerdem möglich, erforderliche Dokumente hochzuladen.

Insbesondere soll die Identifizierung durch den Notar vorbereitet werden. Zur Identifizierung bedarf es eines Lichtbildes und eines in § 16 c BeurkG genannten elektronischen Identitätsnachweises. Dieser elektronische Identitätsnachweis kann in einem neuen Personalausweis, einer eID-Karte für EU- bzw. EWR-Ausländer oder einem elektronischen Aufenthaltstitel bestehen.

Eines Lichtbildes bedarf es nicht, wenn der Beteiligte dem Notar persönlich bekannt ist.

4.4. Identitätsnachweis

Der Notar stellt zu Beginn der Bild- und Tonübertragung die Identität der Beteiligten fest.

Teilnahmeberechtigt sind neben den Beteiligten auch Dritte wie bspw. Rechtsanwälte oder Steuerberater.

Für die Identifizierung werden ein NFC-fähiges Smartphone sowie die „Notar“-App benötigt. Der Beteiligte kann über die App durch Eingabe der sechsstelligen PIN, die er bei der Aktivierung der Online-Funktion der e-ID gewählt hat, die entsprechende Chipkarte auslesen.

4.5. Verlesen per Videokommunikation

Nach der Identitätsfeststellung verliest der Notar die elektronische Niederschrift den zugeschalteten Beteiligten per Bild- und Tonübertragung und lässt diese genehmigen.

4.6. Qualifizierte elektronische Signatur

Danach versehen die Beteiligten die fertiggestellte elektronische Niederschrift im Portal der Bundesnotarkammer mit der ebenfalls dort erstellten qualifizierten elektronischen Signatur.

Das funktioniert so, dass dem Beteiligten per SMS eine TAN auf sein Mobiltelefon geschickt wird. Diese TAN wird dann in eine Eingabemaske in dem Videokommunikationssystem eingegeben. Anschließend muss der Beteiligte nur noch einen Klick zum Anbringen der Signatur ausführen.

5. Fazit

Auch wenn mit den seit 01.08.2022 geltenden Regelungen bislang noch nicht „der große Wurf“ in Bezug auf die Online-Gründung einer GmbH gelungen ist, so sind die eingeführten Neuerungen ein erster Schritt in

die richtige Richtung. Es bleibt zu hoffen, dass die Praxis mit den ab 01.08.2023 in Kraft tretenden Erweiterungen noch mehr Gebrauch von den dann geschaffenen Möglichkeiten des digitalen Verfahrens machen wird. ■



Legal Risk Management für Unternehmen – Prozessrisikoanalyse



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

Einleitung

Recht hat für Unternehmen eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, denn Recht betrifft nicht nur die rechtliche Struktur des Unternehmens selbst, sondern erfasst sämtliche Geschäftsprozesse und Bereiche des Unternehmens. Nicht umsonst hat das Thema Compliance einen immer größeren Stellenwert in der Praxis gewonnen. Bei dem Aufgabenbereich Compliance geht es jedoch nicht allein darum, bestehende Gesetze einzuhalten, sondern darum, frühzeitig etwaige Compliance-Risiken systematisch zu erfassen, zu individualisieren und zu reduzieren. Das Legal Risk Management ist aber nicht nur im Bereich Compliance von erheblicher Bedeutung für Unternehmen. Ein weiteres wichtiges Aufgabengebiet des Legal Risk Management ist die Beurteilung von Erfolgsaussichten hinsichtlich der Durchführung von Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren bzw. von Vergleichsangeboten im Rahmen rechtlicher Auseinandersetzungen. Verknüpft wird diese Beurteilung mit der Erwartungshaltung der Unternehmensleitung gegenüber den sie beratenden Juristen an eine belastbare und eindeutige Handlungsempfehlung. Juristen stoßen hierbei jedoch häufig an ihre Grenzen. Zum einen lässt sich Recht nicht „berechnen“ und zum anderen werden Prozesse nicht aufgrund der Anzahl der vorgetragenen Argumente gewonnen, sondern aufgrund ihrer Überzeugungskraft. Meist erfolgt von Juristen daher nur eine vage juristische Risikoeinschätzung mit Circa-Prozentangaben, die sich auch gerne auf die Angabe „unter oder über 50 %“ beschränkt. Entsprechend ist die Handlungsempfehlung wenig verbindlich und zudem für Nicht-Juristen nur schwer nachvollziehbar. Ein Betriebswirt hingegen würde die Erfolgsaussichten einer gerichtlichen Auseinandersetzung anhand einer Risikoanalyse bewerten. Auch die Validität eines Vergleichsangebots

würde ein Betriebswirt kaufmännisch prüfen, nämlich zu welchem Preis ein Dritter die im Raum stehende Forderung kaufen würde. Seine Bewertung würde er anhand eines Entscheidungsbaumes vornehmen und basierend hierauf eine Handlungsempfehlung aussprechen bzw. eine Entscheidung treffen. Hieran knüpft die sogenannte Prozessrisikoanalyse (Prof. Dr. Jörg Risse/Dr. Matthias Morawietz, Prozessrisikoanalyse, 2017) an, die darauf abzielt, belastbare und für Nicht-Juristen nachvollziehbare Handlungsempfehlungen zu erarbeiten.

I. Kurzdarstellung der Prozessrisikoanalyse

Im Rahmen der Prozessrisikoanalyse werden die für die erfolgreiche Geltendmachung eines Anspruchs notwendigen Voraussetzungen in einem Flussdiagramm in Form eines Entscheidungsbaums mit den jeweiligen Ausgangsalternativen pro Anspruchsvoraussetzung dargestellt und sodann die jeweiligen Ausgangsalternativen mit der jeweiligen Eintrittswahrscheinlichkeit bewertet. Entscheidend ist, dass die Erstellung des Entscheidungsbaums in enger Abstimmung mit dem Mandanten/der Unternehmensleitung erfolgt. Im Folgenden sollen die einzelnen Schritte, die zur Erstellung eines Entscheidungsbaums erforderlich sind, kurz dargestellt werden.

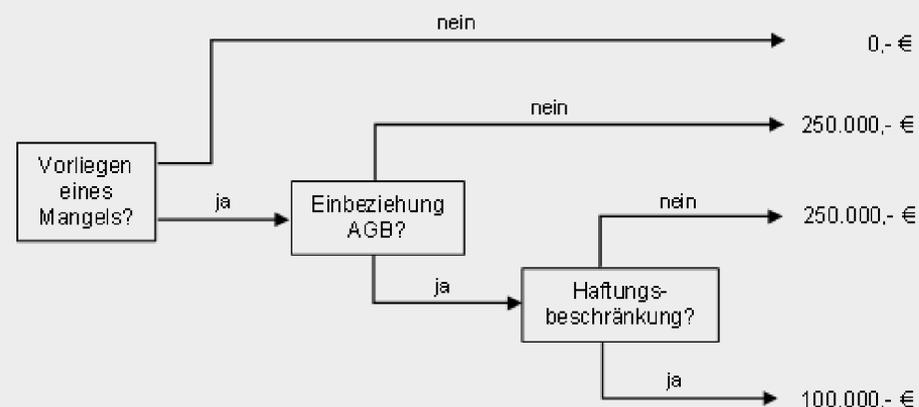
1. Ermittlung der entscheidungsrelevanten Fakten

Zunächst muss man ermitteln, welche tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen überhaupt für die Durchsetzung des Anspruchs entscheidungsrelevant sind. Entgegen der klassischen Arbeit von Juristen mündet das jeweilige Ergebnis jedoch nicht in dem Aufbau von Argumentationslinien, sondern dient in dem Entscheidungsbaum

als sogenannter Entscheidungsknoten. In einem zu unterstellenden vereinfachten Beispielsfall eines Gewährleistungsfalles mit Forderungen in Höhe von EUR 250.000,- und einer AGB-rechtlichen Haftungsbeschränkung auf EUR 100.000,- wären somit das „Vorliegen/Nichtvorliegen eines Mangels“, „Wirksamkeit/Unwirksamkeit der Einbeziehung der AGB“ und „Wirksamkeit/Unwirksamkeit der Haftungsbeschränkung“ wichtige Entscheidungsknoten.

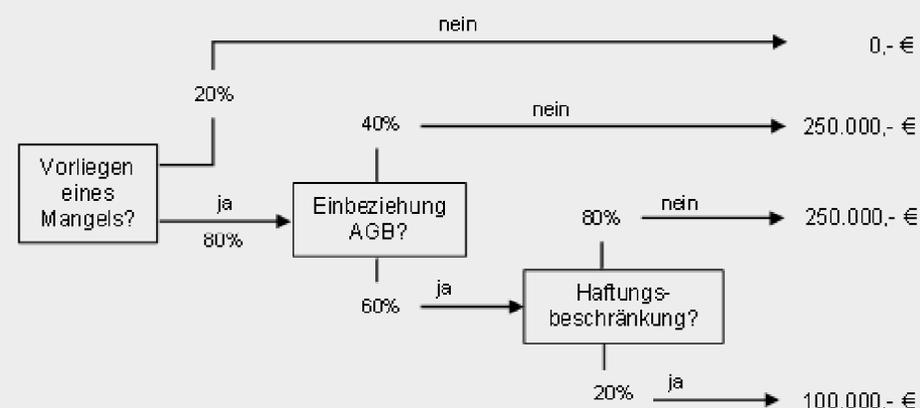
2. Entscheidungsbaum erstellen

Basierend auf der oben dargestellten Ermittlung werden die ermittelten Entscheidungsknoten so miteinander verknüpft, dass die wechselseitigen Abhängigkeiten dargestellt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass sich die Alternativen bei jedem Entscheidungsknoten gegenseitig ausschließen. Hinzu kommt die sich aus den Entscheidungsknoten ergebende Forderung als Streckenergebnis.



3. Eintrittswahrscheinlichkeit der jeweiligen Alternativen bestimmen

In dem dritten Schritt werden die Entscheidungsknoten entsprechend der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts jeweils mit prozentualen Werten versehen. Es muss klar definiert werden, wer für die Beurteilung der Eintrittswahrscheinlichkeit über die höchste Beurteilungskompetenz verfügt. Wichtig ist zudem, dass die mit dem Entscheidungsknoten verknüpfte Frage exakt formuliert und zudem die Methode der Abschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit genau definiert ist.



4. Berechnung der Werthaltigkeit des Anspruchs

Bei der Bestimmung der Werthaltigkeit des Anspruchs werden zunächst die einzelnen Äste des Entscheidungsbaums betrachtet. Dabei wird die Wahrscheinlichkeit bestimmt, mit der dieser Ast eintreten könnte. Diese sogenannte Streckenwahrscheinlichkeit errechnet sich aus der Multiplikation der zu dem jeweiligen Ast gehörenden Eintrittswahrscheinlichkeiten. In einem nächsten Schritt wird nun der Streckenerwartungswert errechnet. Dieser setzt sich aus der Streckenwahrscheinlichkeit und dem zuzusprechenden Ergebnis des Astes („Strecken-ergebnis“) zusammen. Der dritte und letzte Schritt ist die Addition aller Streckenerwartungswerte, also aller Äste.

Ast	Eintrittswahrscheinlichkeit	Streckenwahrscheinlichkeit	Strecken-ergebnis	Strecken-erwartungswert
1	20 %	= 20 %	x 0,- €	= 0,- €
2	80% x 40%	= 32 %	x 250.000,- €	= 80.000,- €
3	80 % x 60% x 80%	= 38,4%	x 250.000,- €	= 96.000,- €
4	80 % x 60% x 20%	= 9,6%	x 100.000,- €	= 9.600,- €
Summe		100%		= 185.600,- €

Basierend hierauf wäre somit vorliegend ein Vergleichsangebot in Höhe von EUR 185.600,- angemessen, wobei auf die Darstellung der Sensitivitätskosten verzichtet wurde. Zu berücksichtigen wären nämlich an sich auch weitere Faktoren, die sich auf das Ergebnis auswirken können, wie zum Beispiel die anfallenden Rechtsverfolgungskosten im Fall der Nichteinigung, die internen Kosten für die Betreuung des Falles und die Abzinsung der Forderung über die Zeit eines möglichen Folgeprozesses.



II. Bewertung der Stärken und Schwächen der Prozessrisikoanalyse

Die Prozessrisikoanalyse ist nicht für alle Fälle geeignet. Denn sie ist komplex und mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand verbunden. Oftmals wird gegen sie auch eingewandt, dass die Rechtswissenschaft keine Naturwissenschaft sei und sich Rechtsfindung nicht mathematisch berechnen lasse. Dennoch überwiegen ihre Vorteile, zumal die Prozessrisikoanalyse und die sich hieraus ergebende Handlungsempfehlung einem elementaren Bedürfnis der wirtschaftlichen Entscheidungsträger entspricht. Richtig ist, dass die Prozessrisikoanalyse kein Wunderheilmittel ist, und letztlich auf Prognosen und den Grundlagen der Wahrscheinlichkeitsberechnung beruht. Auch kann es eine Vielzahl von Faktoren geben, die sich in einem Entscheidungsbaum nur schwer oder gar nicht abbilden lassen. Eine grob geschätzte Prozentzahl, gepaart mit einem „hängt davon ab“, ist auf der anderen Seite nicht geeignet, eine gute Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen zu schaffen. Hinzu kommt, dass eine Risikoanalyse stets auf der subjektiven Überzeugung der jeweiligen Analysten beruht und sie zudem immer eine Prognose in die Zukunft enthält.

Dem obigen Beispiel lässt sich sehr gut entnehmen, dass ein Entscheidungsbaum den Rechtsstreit und die entscheidenden rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Fragestellungen („Entscheidungsknoten“) übersichtlich strukturiert und visualisiert. Die Kommunikation zwischen Nicht-Juristen und Juristen wird hierdurch erheblich vereinfacht. Durch den Entscheidungsbaum wird eine klare Struktur der gemeinsamen Konfliktbearbeitung und der Diskussion zwischen Juristen und Entscheidungsträgern/Fachabteilung ermöglicht. Auch kann anhand eines Entscheidungsbaums die Zuständigkeit für die Sachverhaltsaufklärung und die Beantwortung der entscheidungsrelevanten Fragen bestimmt und für alle Beteiligten nachvollziehbar zugewiesen werden.

Der Entscheidungsbaum visualisiert die Risikoanalyse, welcher zugleich die vielen Unwägbarkeiten einer gerichtlichen Auseinandersetzung systematisch abbildet. Durch die Prozessrisikoanalyse wird somit verhindert, dass intuitive Entscheidungen, basierend auf einer zu pauschalen und somit zu optimistischen Risiko-Einschätzung getroffen werden. Zudem wechselt die Kommunikation zwischen Juristen und Nicht-Juristen von der rein juristischen Ebene („Argumentationslinien“) verstärkt

in eine betriebswirtschaftliche Darstellung („Zahlen und Übersichten“). Dies erleichtert für kaufmännisch denkende Entscheidungsträger die Entscheidungsfindung. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Verknüpfung zwischen den erwarteten Kosten der Auseinandersetzung und dem Prozess-Erwartungswert im Fall des Obsiegens oder Unterliegens.

Aber auch mögliche Vergleichsverhandlungen selbst werden durch den Entscheidungsbaum erleichtert, da statt nur pauschal über die vermeintlich besseren Prozess-Chancen zu diskutieren, die Parteien nun Punkt für Punkt über den Konflikt verhandeln können. Dies erleichtert vor allem für die Nicht-Juristen die Vergleichsverhandlungen, da der wirtschaftlichen Verhandlungsführung mehr Gewicht eingeräumt wird. Die Diskussionen über Rechtsfragen tritt in den Hintergrund.

Ergebnis:

Die Prozessrisikoanalyse ist nur ein Teil des Legal Risk Managements. Dennoch ist sie ein gutes Beispiel dafür, wie stark mittlerweile betriebswirtschaftliches Wissen und Arbeitsmethodik in die Praxis Einzug gehalten hat, um juristische Fragestellungen

über Branchen-Kenntnisse hinaus transparent zu lösen. Die Prozessrisikoanalyse mag kein Allheilmittel für alle Fallkonstellationen sein, jedoch ist sie ein methodisch sinnvoller Lösungsansatz, um Prozessrisiken systematisch und transparent darzustellen und die Entscheidungsfindung über die Durchführung gerichtlicher Verfahren bzw. den Abschluss von Vergleichen zu erleichtern. ■

Die Auslagerung von Pensionszusagen auf Rentnergesellschaften



Dr. Charlotte Beck
Rechtsanwältin | Fachanwältin
für Arbeitsrecht, Partner



Gero Thole
Rechtsanwalt,
ALTENBURG

Es gibt viele Gründe für die Auslagerung von Pensionszusagen. Ein typisches Szenario ist die geplante Veräußerung einer Gesellschaft im Wege eines Share Deals, bei dem der Käufer die Pensionsverbindlichkeiten nicht übernehmen möchte. Aber auch außerhalb einer Transaktion kann ein Interesse an einer schlankeren Bilanz oder der Auslagerung von biometrischen Risiken bestehen. Für die aktiven Beschäftigten besteht die Möglichkeit zur Abfindung der Rentenanwartschaften. Dies kommt jedoch bei Rentnern und anderen ausgeschiedenen Arbeitnehmern mit unverfallbaren Anwartschaften regelmäßig nicht in Betracht (dazu bereits Beck/Thole in: Euroforum E-Book für Geschäftsführer 2022, 67 ff.). Dafür ist es bei ausgeschiedenen Arbeitnehmern möglich, die Pensionsverbindlichkeiten vom operativen Geschäft zu trennen und auf eine separate Gesellschaft auszulagern. Dies funktioniert bei aktiven Arbeitnehmern nicht, da die Pensionszusage Altersversorgung nicht vom Arbeitsverhältnis getrennt werden kann.

Entstehung von Rentnergesellschaften

Um die Trennung zwischen Pensionen und Business umzusetzen, gibt es im Wesentlichen zwei Möglichkeiten. In der „klassischen“ Variante werden die Pensionsverbindlichkeiten im Wege der Abspaltung nach § 123 Absatz 2 UmwG auf eine neu gegründete Gesellschaft oder eine bestehende Gesellschaft ohne operatives Geschäft ausgliedert. Die so entstandene Rentnergesellschaft hat als einzigen Zweck die Verwaltung der Pensionsverbindlichkeiten.

Alternativ kann das operative Geschäft auf eine andere Gesellschaft übertragen werden. Die Pensionsverbindlichkeiten bleiben in der alten Gesellschaft zurück. § 613a BGB – die Vorschrift zum Betriebsüber-

gang – findet auf ausgeschiedene Arbeitnehmer keine Anwendung. Anders als die Arbeitsverhältnisse und Pensionsverbindlichkeiten aktiver Arbeitnehmer werden Rentner und ihre Pensionsverbindlichkeiten daher nicht automatisch auf die neue Gesellschaft übertragen. Zurück bleibt eine Gesellschaft, in der ausschließlich die Pensionsverbindlichkeiten verwaltet werden. Man spricht von einer abgeleiteten Rentnergesellschaft.

Das Ergebnis ist auf den ersten Blick das gleiche. Die Pensionsverbindlichkeiten liegen in einer separaten Gesellschaft – getrennt vom Business. In beiden Fällen ist eine Zustimmung der betroffenen Rentner nicht erforderlich. Sie können die Trennung von operativem Geschäft und Pensionen nicht verhindern. In der rechtlichen Behandlung der Modelle ergeben sich jedoch wichtige Unterschiede. Diese betreffen insbesondere die Haftung für die Pensionsverbindlichkeiten sowie die Anforderungen an die finanzielle Ausstattung der Rentnergesellschaft.

Haftung bei der klassischen Rentnergesellschaft

Die klassische Rentnergesellschaft entsteht durch einen umwandlungsrechtlichen Vorgang. Die Zuordnung der Aktiva und Passiva zwischen den Gesellschaften wird durch den Spaltungsplan beziehungsweise Spaltungs- und Übernahmevertrag geregelt und die Pensionsverbindlichkeiten der Rentnergesellschaft zugeordnet. Zum Schutz vor einer willkürlichen Zuordnung gibt es spezifische umwandlungsrechtliche Gläubigerschutzvorschriften, von denen die Rentner profitieren. Die operative Gesellschaft haftet gegenüber den Rentnern für den Zeitraum von zehn Jahren als Gesamtschuldnerin



für die Pensionsverbindlichkeiten. Zahlt die operative Gesellschaft, kann sie die Beträge im Innenverhältnis von der Rentnergesellschaft herausverlangen. Relevant wird die Haftung vor allem bei Insolvenz der Rentnergesellschaft, bei der dieser Ausgleich allerdings wenig wert ist. Gegen Insolvenz sind die Pensionsansprüche der Rentner zusätzlich über den Pensions-Sicherungs-Verein (PSV) versichert. Dieser finanziert sich aus Beiträgen der Arbeitgeber und springt im Fall einer Insolvenz innerhalb gewisser Grenzen für die Rentenzahlungen ein. Aber auch wenn der PSV leistet, wirkt sich die Haftung aus. Der PSV erhält als Ausgleich die Ansprüche des Rentners gegen die Rentnergesellschaft inklusive der dazugehörigen Sicherheiten. Hierzu zählt das Bundesarbeitsgericht (BAG) auch die Ansprüche gegen die operative Gesellschaft aus der Gesamtschuld. Wird die Rentnergesellschaft also innerhalb der zehn Jahre insolvent, ist eine Klage des PSV zu erwarten.

Ausstattung der klassischen Rentnergesellschaft

Den weiteren rechtlichen Rahmen für die klassische Abspaltung einer Rentnergesellschaft hat das BAG in einem Urteil aus 2008 abgesteckt. Zum Schutz der Rentner werden besondere Anforderungen an die Kapitalisierung der Rentnergesellschaft gestellt. Werden diese nicht erfüllt, kann die operative Gesellschaft schadensersatzpflichtig sein.

Im Fokus steht dabei die Anpassung an den Kaufkraftverlust nach § 16 BetrAVG. Arbeitgeber sind dazu verpflichtet, alle drei Jahre die Höhe der laufenden Renten zu überprüfen und nach billigem Ermessen über eine Anpassung der Renten zu entscheiden. Maßgeblich ist unter anderem die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers. Diese Anpassungsprüfungsobliegenheit ist nicht von der Insolvenzversicherung

durch den PSV umfasst. Wird die Rentnergesellschaft daher nicht mit ausreichend Kapital ausgestattet, gehen die Rentner bei der Anpassungsrunde grundsätzlich leer aus, wobei der PSV für die restliche Rente an sich einsteht.

Das BAG hat daher strenge Anforderungen an die Kapitalisierung aufgestellt. Die Rentnergesellschaft muss „bei einer realistischen betriebswirtschaftlichen Betrachtung genügend leistungsfähig“ sein, auch für eine regelmäßige Anpassung der Renten. Sie muss die Renten alle drei Jahre um jeweils den Prozentsatz erhöhen können, der der durchschnittlichen Inflation der letzten 20 Jahre entspricht. Die Finanzierung der betrieblichen Altersversorgung muss bei Eintragung ins Handelsregister langfristig gesichert sein. Bei der Berechnung des Kapitalbedarfs sind die Sterbetabellen der Versicherungswirtschaft – nicht zu verwechseln mit den Heubeck-Tafeln – zugrunde zu legen. Auch für den Rechnungszinsfuß verlangt das BAG eine vernünftige kaufmännische Beurteilung und ging im konkreten Fall von drei Prozent aus.

Werden diese Anforderungen nicht eingehalten, steht den Rentnern ein Schadensersatzanspruch gegenüber der operativen Gesellschaft zu.

Haftung bei der abgeleiteten Rentnergesellschaft

Die abgeleitete Rentnergesellschaft entsteht nicht durch einen umwandlungsrechtlichen Vorgang, sodass die zehnjährige gesamtschuldnerische Haftung nicht greift. Nach § 613a BGB haftet die zurückbleibende Rentnergesellschaft noch für Forderungen der übergehenden Arbeitnehmer, die vor Übergang entstanden sind und innerhalb eines Jahres fällig werden. Eine Haftung der übernehmen-

den operativen Gesellschaft für sonstige Verbindlichkeiten der veräußernden Rentnergesellschaft sieht das Gesetz nicht vor. Lediglich im Fall der Firmenfortführung kommt eine Haftung des Erwerbers nach § 25 HGB in Betracht. Diese Haftung kann jedoch durch Vereinbarung abgewendet werden, wenn diese ins Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder den Gläubigern mitgeteilt wurde. Die diametral unterschiedlichen Folgen zwischen klassischer und abgeleiteter Rentnergesellschaft hinsichtlich der Haftung erscheinen zunächst überraschend, denn für die Rentner macht es auf den ersten Blick keinen Unterschied, ob die Pensionsverbindlichkeiten abgespalten oder das operative Geschäft übertragen wird.

Ausstattung der abgeleiteten Rentnergesellschaft

Daher lag nahe, zumindest die von der Rechtsprechung aufgestellten Ausstattungsprinzipien auf die abgeleitete Rentnergesellschaft zu übertragen. Andere Ansicht: BAG. In einem Urteil im Jahr 2014 stellte es klar, dass die Kapitalisierungsanforderungen grundsätzlich nicht greifen, wenn sich der Schuldner der Pensionsverbindlichkeiten nicht ändert. Da bei der abgeleiteten Rentnergesellschaft nicht die Rentner, sondern der restliche Geschäftsbetrieb verlagert wird, bleibt der Schuldner identisch. Spezielle Ausstattungspflichten bestehen im Ausgangspunkt also nicht. Hintergrund ist folgender: Wird das operative Geschäft veräußert, erhält die übertragende Gesellschaft dafür regelmäßig einen angemessenen Kaufpreis, der eine Anpassung der Renten nach § 16 BetrAVG ermöglichen kann.

Insbesondere wenn das operative Geschäft nur innerhalb eines Konzerns übertragen wird, ist dies möglicherweise anders. In diesen Konstellationen überprüft das BAG den Anlass der Veräußerung und ob eine marktgerechte Gegenleistung gezahlt wurde. Ist dies

nicht der Fall und lassen die Mittel der Rentnergesellschaft eine Anpassung nicht zu, kann dem Rentner ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zustehen. Dieser richtet sich gegen die Rentnergesellschaft und führt im Ergebnis zu einer Anpassungsverpflichtung unabhängig von der wirtschaftlichen Lage. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird erwogen, auch die erwerbende Gesellschaft als Beteiligte für diesen Schaden haften zu lassen.

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass insbesondere die beteiligten Organe selbstverständlich auch hier ihre allgemeinen Pflichten wahren müssen und beispielsweise die Rentnergesellschaft nicht sehenden Auges in eine Insolvenz führen dürfen.

Fazit

Im Zusammenhang der Pensionsverbindlichkeiten und der resultierenden Haftung bietet der Weg über die abgeleitete Rentnergesellschaft viele Vorteile gegenüber der klassischen Abspaltung. In der praktischen Umsetzung sollte jedoch die Komplexität der Übertragung des operativen Geschäfts im Wege des Asset Deals nicht unterschätzt werden. Für die aktiven Arbeitnehmer findet ein Betriebsübergang mit all seinen Konsequenzen statt. Im Verhältnis zu Kunden und Lieferanten müssen sämtliche Verträge neu abgeschlossen oder auf den neuen Rechtsträger übertragen werden. Dies geht nicht ohne Mitwirkung der jeweiligen Vertragspartner. Unternehmen, die eine Trennung von Pensionen und Business anstreben, sollten daher gut abwägen, welchen Weg sie einschlagen. ■



Managementbeteiligungen bei der GmbH



Dr. Benedikt Hohaus

Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Steuerrecht, Partner,
POELLATH P+P Pöllath + Partners
Rechtsanwälte und Steuerberater mbB

Bei der Suche nach Top-Managern für die Geschäftsführung von Mittelstandsunternehmen stehen deren Eigentümer sehr häufig im Wettbewerb mit Private Equity-Fonds. Diese bieten ihren Bewerbern nicht nur attraktive Gehaltspakete, sondern auch die Möglichkeit einer Beteiligung am Unternehmen. Insofern bieten nunmehr auch Mittelstandsunternehmen ihren Geschäftsführern eine Beteiligung an ihrem Unternehmen an. Ziel ist die Schaffung einer Interessenhomogenität zwischen Manager und Gesellschafter des Unternehmens und eine höhere Identifikation des Managers mit „seinem“ Unternehmen.

1. Wesentliche Elemente einer Managementbeteiligung durch Private Equity

Bei Erwerb eines Unternehmens sieht der Private Equity-Investor üblicher Weise zwischen 10 und 15 % der Gesellschaftsanteile für den Erwerb durch das Management vor.

Neben der Finanzierung mit „echtem“ Eigenkapital (ca. 5 bis 10 %) gibt der Finanzinvestor einen wesentlichen Teil des benötigten Kapitals in Form von Gesellschafterdarlehen oder Vorzugskapital (90 – 95 %) in die Holdinggesellschaft. Gesellschafterdarlehen sind im Vergleich zum echten Eigenkapital vorrangig zurückzuzahlen und gewähren keine Beteiligung an den stillen Reserven, sondern nur eine feste Verzinsung. Vorzugskapital wird mit einem prozentualen Dividendenvorzug ausgestaltet und verfügt außerdem über eine Liquidationspräferenz in Höhe des eingezahlten Kapitals.

Der Geschäftsführer kann zum einen eine Beteiligung am klassischen Eigenkapital erwerben. Darüber hinaus kann er ebenfalls Gesellschafterdarlehen geben oder Vorzugskapital zeichnen. Diese Finanzinstrumente sind nicht an den stillen Reserven des Unternehmens beteiligt, sondern haben lediglich eine fixe Rendite zwischen 8 – 12 % p.a. Im Falle eines Exits haben sie aber einen Liquidationsvorrang vor dem klassischen Eigenkapital. Investiert der Manager nicht oder in einem geringeren Verhältnis als der Finanzinvestor in diese vorrangigen Finanzinstrumente, steht seine Beteiligung höher im Risiko. Das höhere Risiko korrespondiert aber im Falle eines erfolgreichen Exits in Bezug auf das eingesetzte Kapital mit einem (wirtschaftlich betrachtet) höheren Anteil am Erlös auf das klassische Eigenkapital. Letztlich entspricht das jedem mit Fremdkapital finanziertem Investment.

Zur Vereinfachung der Verwaltung (z. B. Ausübung von Stimmrechten etc.) wird ab einer gewissen Anzahl von Personen die Beteiligung über eine Personengesellschaft oder Treuhand gehalten. Für den Fall, dass die Manager vor dem Exit aus dem Unternehmen ausscheiden (sog. Leaver), besteht in der Regel ein Ankaufsrecht des Hauptgesellschafters. Die Beteiligung soll regelmäßig einem Nachfolger in der Position angeboten werden können.

Im Falle eines Exits erhalten die Co-Investoren den auf den Verkauf der von ihnen gehaltenen Beteiligungsinstrumente entfallenden Veräußerungserlös. Laufende Dividendenausschüttungen finden in der Regel nicht statt, da die Kreditverträge der Bankenfinanzierung dies üblicher Weise nicht zulassen.



Steuerlich handelt es sich bei solchen Beteiligungen grundsätzlich um echte Kapitalbeteiligungen. Das heißt, Veräußerungserlöse (bei einer Beteiligung von unter 1 % am Stammkapital) daraus unterliegen der Abgeltungssteuer von 25 % (zuzüglich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) und nicht der Lohnversteuerung und bei Beteiligung von 1 % und mehr dem Teileinkünfteverfahren, sodass 60 % des Gewinns mit dem persönlichen Steuersatz zu versteuern ist.

2. Übertragung auf Gesellschaften ohne Private Equity-Hintergrund?

Versucht man, die für eine Private Equity-Managementbeteiligung beschriebenen Elemente auf ein „typisches“ Unternehmen des Mittelstands zu übertragen, stößt man bereits bei der Identifizierung eines „typischen“ Unternehmens auf Schwierigkeiten. Während Finanzinvestoren anlässlich des Unternehmenserwerbs eine Beteiligungsstruktur nach ihren Bedürfnissen entwerfen können, ist die Gesellschaftsstruktur von eigentümer- oder familiengeführten Unternehmen in der Regel historisch gewachsen und nicht für Zwecke einer Managementbeteiligung optimiert. Außerdem stellt sich immer wieder die Frage nach Mitsprache- und Informationsrechten bei Implementierung einer Managementbeteiligung, die häufig vom Mehrheitsgesellschafter nicht gewollt sind.

Vergleichbar ist die Interessenlage von Mittelstandsunternehmen und Private Equity-geführten Unternehmen im Hinblick auf die Regelung von Ankaufsrechten für den Fall, dass ein beteiligter Manager das Unternehmen wieder verlässt.

Schwierigkeiten machen ausgerechnet zwei für den Manager sehr wichtige Parameter: die Gestaltung eines Hebeleffekts und die Darstellung eines mittelfristigen Exitszenarios. Sie lassen sich bei einer Beteiligung an einem familien- oder eigentümergeführten Unternehmen nicht so ohne weiteres darstellen.

Damit stellt sich die Frage, ob man für Zwecke einer Managementbeteiligung diese beiden Komponenten nicht simulieren kann.

3. Simulation des Exits

Eine langfristige Unternehmensbeteiligung ohne ein Exit-Szenario, allein mit Beteiligung an den laufenden Erträgen hat auf Dauer keine ausreichende Incentivierungswirkung. Dies wird vermieden durch die Festlegung eines mittelfristigen Ziels mit einem attraktiven Liquiditätsereignis, wie es ein Exit darstellen kann. In der Praxis geht man von einer Laufzeit von ca. 4 bis 6 Jahren aus.

Im Rahmen eines Exits fließt den Gesellschaftern für ihre Beteiligung am Kapital ein Kaufpreis zu, der sich an dem Unternehmenswert orientiert. Der Kaufpreis entspricht dann einem am Markt zwischen zwei fremden Dritten gebildeten Wert für das verkaufte Unternehmen. Von diesem werden nach Abzug von Verbindlichkeiten und Kosten die vorrangigen Finanzinstrumente einschließlich aufgelaufener Vorzugsrendite bedient. Der Restbetrag wird dann im Verhältnis der am klassischen Eigenkapital gehaltenen Beteiligungen verteilt.

Einen solchen Unternehmenswert kann man aber auch formelhaft bestimmen: das zuletzt erwirtschaftete EBIT DA des Unternehmens wird mit einem bestimmten, am Markt erzielbaren Vergleichsmultiples multipliziert und davon werden die Nettofinanzverbindlichkeiten der Gesellschaft abgezogen. Gesellschafterdarlehen oder Vorzugskapital zuzüglich aufgelaufener Zinsen bzw. Vorzugsdividende mindern als Finanzverbindlichkeiten den Unternehmenswert.

Realisieren kann der Manager eine solche Wertsteigerung aber nur dann, wenn er die Beteiligung dann auch verkaufen kann. Insofern braucht er eine Verkaufsmöglichkeit entweder gegen den Hauptgesellschafter oder gegen die Gesellschaft selber. Der Hauptgesellschafter muss insofern sicherstellen, dass er zum gegebenen Zeitpunkt auch entsprechende Barmittel zur Verfügung hat, um den Manager auszuzahlen. Eine Ankaufs-Option gegenüber der Gesellschaft unterliegt allerdings gesellschaftsrechtlichen Restriktionen (Kapitalerhaltungsvorschriften), so dass ein Ankauf eigener Anteile ohne weiteres nicht möglich ist.

4. Virtuelle Beteiligung

Sofern die Unternehmensbewertung eine echte Kapitalbeteiligung nicht zulässt, wird sie häufig mit einer virtuellen Beteiligung des Geschäftsführers kombiniert. Dieser wird dann über eine separate Bonusvereinbarung so gestellt, als sei er zusätzlich am Eigenkapital der Gesellschaft beteiligt. Die Auszahlung erfolgt dann zum Zeitpunkt des „fingierten“ Exits. Sogenannte Leaver Regelungen gelten dann auch für die virtuelle Beteiligung.

Steuerlich unterliegt eine virtuelle Beteiligung der Lohnsteuer und ist beim Empfänger voll mit dem individuellen Steuersatz zu versteuern. Hierbei wird die virtuelle Beteiligung vertraglich separat geregelt, um die steuerliche Trennung zwischen Kapitalbeteiligung einerseits und virtueller Beteiligung als Bonuskomponente andererseits zu dokumentieren. Besteht neben der virtuellen Beteiligung eine echte Beteiligung an einem gewerblich tätigen Personenunternehmen, handelt es sich bei sämtlichen Zahlungen an den Manager-Gesellschafter um Sondervergütungen (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG, § 7 Satz 1 GewStG).

Dem steuerlichen Nachteil steht aber die Flexibilität in der möglichen Ausgestaltung einer solchen virtuellen Beteiligung gegenüber.

5. Fazit

Die Beteiligung des Geschäftsführers an seinem Unternehmen sieht man in der Praxis auch ohne Beteiligung von Finanzinvestoren inzwischen immer häufiger. Die Schwierigkeit eines an und für sich nicht gegebenen Exits und einer Kapitalstruktur, die eine Hebelung nicht zulässt, führt häufig dazu, dass eine echte Kapitalbeteiligung mit einer virtuellen Beteiligung kombiniert wird. ■



Das Ende des klassischen Recruitings

Wie Sie mit Potenzialmanagement den Fachkräftemangel besiegen



Michael Kühner
geschäftsführender Gesellschafter



Manuel Schuchna
Senior Consultant und Manager,
Strametz

Gewinner und Verlierer im Wettlauf um Fach- und Führungskräfte

Aus den Medien sowie Gesprächen mit Geschäftsführenden sowie Personalmanagern wissen wir, wie schwierig es in den letzten Jahren geworden ist, gute Fach- und Führungskräfte zu finden.

Die Methoden bei der Anwerbung von Personal werden immer kreativer, das Employer Branding immer ausgefeilter, die Anreize und Benefits für neue Mitarbeiter immer höher geschraubt.

Wer sind eigentlich die Gewinner oder auch Verlierer in diesem Wettkampf?

„Gewinner“ sind auf jeden Fall die gut ausgebildeten Fach- und Führungskräfte auf dem Markt, die sich die Jobs inzwischen weitgehend aussuchen können und zusätzlich Ansprüche stellen, die manch einen Entscheider ins Schwitzen bringen, muss er oder sie doch gleichzeitig die Balance im Kontext der vorhandenen Belegschaft mit entsprechenden Gerechtigkeitsforderungen wahren.

„Verlierer“ sind zumindest diejenigen Unternehmen, die aktuell unter einem hohen Kostendruck leiden (besonders bedingt durch die derzeitigen Krisen) und dennoch Personal brauchen, um ihre Leistungsfähigkeit erhalten zu können bzw. für Zukunftsthemen auszubauen. „Verlierer“ sind in einem gewissen Maße auch Unternehmen, die sich in einer Wachstumsphase befinden bzw. das Potenzial haben, mehr Produkte und Dienstleistungen herzustellen und dem Markt liefern zu können. Die Wachstumsgrenzen sind auch hier die dringend benötigten Fachkräfte.

„Verlierer“ sind häufig aber auch diejenigen Bewerber, die leistungsbereit sind, aber über weniger hoch angesehene Qualifikationen bzw. Erfahrungen verfügen.

Ein Blick in den Stellenmarkt zeigt recht gut auf, wie Unternehmen mit dem Fachkräftemangel umgehen. Ca. 90 % der Stellenanzeigen bestehen nach wie vor aus lauter Qualifikations- und Erfahrungsanforderungen, scheinbar verbunden mit der Hoffnung, ein paar „Krümel“ vom Bewerbermarktkuchen abzubekommen.

Die bessere Alternative: Potenzialrecruiting

Einige wenige Unternehmen scheinen eine andere Strategie anzuwenden, um vielleicht nicht „fertige“ aber „gute“ Leute zu bekommen. Sie setzen auf Quereinsteiger, Menschen aus fachfremden Disziplinen oder geben auch Bewerbern eine Chance, die über wenig Erfahrung verfügen.

Geschieht das aus purer Not oder steckt tatsächlich ein Erfolgsrezept dahinter?

Aus einzelnen Gesprächen mit Geschäftsführern solcher Unternehmen wissen wir, dass mit diesem Ansatz tatsächlich gute Erfahrungen gemacht werden. Ein IT-Unternehmer mit knapp 100 Mitarbeitenden erzählte, dass er schon lange nicht mehr die fertig qualifizierten Bewerber in ausreichendem Maße bekommt. Daher setzt er auf Quereinsteiger, die entsprechend intern angelernt und qualifiziert werden. Ein mühsamerer Weg, aber unter dem Strich lohnenswert und profitabel.

Wir nennen diesen Ansatz, den diese Unternehmen bereits gehen, Potenzial recruiting!

Menschen mit Potenzial werden einfacher gefunden, das Gehaltsniveau im Betrieb bleibt stabil und die neuen Mitarbeitenden honorieren eine gute Einarbeitung und Qualifizierung mit Loyalität (wobei es hier noch an Studien fehlt).

Die Herausforderung für diesen Ansatz besteht nun darin, wie man effektiv herausfindet, welche Bewerbende Potenzial haben und welche nicht, denn eine Einarbeitung und ggf. längerfristige Qualifizierung benötigt natürlich Zeit und kostet ebenfalls Geld, so dass dieses Investment umso wirksamer wird, je besser man die richtigen Potenzialträger oder Potenzialträgerinnen gewinnt.

Das führt uns nun dazu das, Thema Potenzial recruiting und Potenzialmanagement genauer zu beleuchten. Was bedeutet Potenzial im Unterschied zur Kompetenz? Wie geht man idealerweise vor, um die benötigten Potenziale auch möglichst mit einer hohen Erfolgsprognose festzustellen?

Der Unterschied zwischen Potenzial und Kompetenz – ein tierisches Beispiel

Wenn von Potenzial- und Kompetenz die Rede ist, sind unweigerlich Missverständnisse vorprogrammiert. Das liegt daran, dass sowohl in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung als auch in der unternehmerischen Praxis sehr unterschiedliche Vorstellungen darüber existieren, was damit gemeint ist. Um hier nicht in eine theoretische und für die Praxis weitgehend nutzlose Debatte zu diesem Thema abzudriften, erheben die folgenden Ausführungen nicht den Anspruch einer objektiven Richtigkeit im wissenschaftlichen Sinn, sondern stellen eine Perspektive von Praktikern für Praktiker dar.

Für die Anwendung in der Praxis ist die Frage der Unterscheidung von Potenzial und Kompetenz von grundlegender Bedeutung. Zur Veranschaulichung wählen wir ein unwissenschaftliches Beispiel aus der Tierwelt.

Ein Pinguin, eine Schnecke und ein Gepard werden zu einem Auswahlverfahren eingeladen. Wie in solchen Verfahren häufig üblich, soll anhand von Übungen herausgefunden werden, wie gut jeder Kandidat ist. Denn es geht um nichts Geringeres als den nächs-

ten Karriereschritt, bei dem eine Stelle als „Distanzüberwinder“ in Aussicht steht. Aus Kostengründen wurde beschlossen, dass das Verfahren aus nur einer Übung besteht: Alle drei Kandidaten sollen so schnell wie möglich eine Distanz von 50 Metern auf einem ebenen Weg zurücklegen. Für die Entscheider ist bereits vor der Übung klar, wer hier die Nase vorn haben wird. Denn aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung haben sie ein gutes Gespür für die Eignung von Kandidaten für bestimmte Aufgaben. Um jedoch allen Kandidaten dieselben Chancen zu geben und sich nicht dem Vorwurf der Voreingenommenheit aussetzen, halten sie sich an den vorgegebenen Auswahlprozess. Die Übung startet, und die Kandidaten überwinden die Distanz so gut, wie es jedem möglich ist. Aus Gründen der Chancengleichheit muss natürlich abgewartet werden, bis alle Kandidaten die Übung absolviert haben, auch wenn schon zwischenzeitlich erkennbar ist, dass es vom gesunden Menschenverstand her keinen Sinn macht. Und so zieht sich das Verfahren über mehrere Tage hin, bis auch die Schnecke die Übung abschließen konnte.

Sowohl der Pinguin, als auch der Gepard und sogar die Schnecke haben die Kompetenz „Überwinden einer Distanz“ gezeigt, zwar in unterschiedlicher Ausprägung, aber alle konnten die Übung abschließen. Kompetenz

wird im Allgemeinen als bewusst oder unbewusst abrufbare Fähigkeit zum zielgerichteten Verhalten verstanden, wobei dieses zielgerichtete Verhalten anhand von Verhaltensankern beobachtet und bewertet werden kann.

Es ist zwar objektiv richtig, dass alle drei Tiere – wenn auch auf unterschiedlichem Niveau – die Kompetenz zum Überwinden einer Distanz auf dem Landweg gezeigt haben, aber diese Erkenntnis hilft in der Praxis wenig. Sofern dann noch zur Steigerung der Kompetenz Schulungen angeboten werden, klingt das in Bezug auf die Schnecke bestenfalls lustig, eher sarkastisch. Wenn so etwas in der gelebten Unternehmenspraxis stattfindet, ist es nicht mehr lustig. Für die betreffende Person ist es eine Qual und für das Unternehmen hinausgeworfenes Geld.

Spätestens an dieser Stelle kommt der Begriff Potenzial ins Spiel. Während im geschilderten Beispiel die Kompetenz das gezeigte und wahrnehmbare Überwinden der 50-Meter-Distanz war, spiegelt sich das Potenzial z. B. im Bauchgefühl der Führungskräfte wider, die aufgrund ihrer Erfahrung mit Aufgaben und Mitarbeitenden von den erkennbaren Voraussetzungen eines jeden Tieres auf dessen Möglichkeit zur Kompetenzentfaltung geschlossen haben.

Natürlich würde niemand im echten Leben eine Schnecke auf einen Kurzstreckenlauf schicken. Das ist doch klar. So klar scheint es aber nicht in allen Unternehmen zu sein. Bei den Tieren ist es noch recht einfach, ihr Potenzial, also ihre für die Kompetenz erforderlichen persönlichen Grundvoraussetzungen einzuschätzen, weil es der Körperbau auf den ersten Blick verrät.

Wenn auch nicht in gleicher Weise, aber zumindest recht ähnlich, schätzen Talentscouts von Sportvereinen das Potenzial von Nachwuchssportlern ein. Ein kleiner Mensch hat weniger Potenzial, um als Basketballer erfolgreich zu werden, und ein muskelbepackter Riese auf dem Rücken eines Rennpferdes wird eher das Reittier in die Knie zwingen als es im Galopp als schnellster über die Ziellinie zu bringen. Wenn die beiden beschriebenen Sportler dagegen in Disziplinen aktiv werden, die ihrem körperlichen Potenzial entsprechen, werden sie mit hoher Wahrscheinlichkeit eine steile Lern- und Leistungskurve aufweisen.

Bei den üblichen Kompetenzen im Unternehmenskontext ist es nicht immer leicht, das Potenzial von Bewerbern einzuschätzen.

Denn Potenzial ist niemals absolut, sondern immer relativ und gerichtet auf ein konkretes Zielprofil. Die Frage „Für welches Zielprofil ist denn ein Bewerber ein High Potential?“, führt weiter. Denn hinter dieser Frage verbirgt sich die Aufforderung zur analytischen Reflexion des Potenzialprofils dieses Bewerbers mit dem Kompetenzprofil des angedachten Zielprofils.

Der Pinguin aus unserem Beispiel hilft, diesen analytischen Vorgang praktisch nachzuvollziehen. Dieser Pinguin ist nämlich ein High Potential. Natürlich nicht für den Kurzstreckenlauf an Land, aber stattdessen für die Kompetenz Schwimmen (z. B. Kernkompetenz der Zielfunktion B).

Potenzial ist vielschichtig

Was bei Tieren wieder einfach erscheint, erfordert im Kontext der Arbeitswelt gut durchdachte, mehrdimensionale Analysen. Dabei werden je nach Aufgaben- oder Stellenprofil(en) und davon abgeleiteten Kompetenzprofil(en) unterschiedliche Potenzialfaktoren betrachtet. Während das Potenzial des Pinguins und der Schnecke für die Kompetenz Kurzstreckenlauf anhand der Beinlänge und -anatomie bewertet werden kann, kommen im unternehmerischen Kontext Potenzialfaktoren aus dem Bereich der Wesensmerkmale, Werte, Antreiber, kognitiven Fähigkeiten und Affinitäten zum Einsatz. Um das Potenzial einigermaßen belastbar einschätzen zu können, sollte es aus mehreren Perspektiven, das heißt, anhand unterschiedlicher Potenzialfaktoren betrachtet werden.

Das folgende Schaubild zeigt auf, wie facettenreich Potenzial ist. Wir wissen aus dem Sport sehr gut, dass das Talent, wie man dort häufig sagt, allein nicht ausreicht. Talente sind lediglich gut ausgeprägte Basisfähigkeiten (z. B. körperliche Konstitution, Grundschnelligkeit, Reaktionsvermögen etc.). Genauso wichtig sind neben Affinitäten, Werten und Motiven auch die Selbstlern- und Reflexionsfähigkeit, Willensstärke sowie Durchhaltevermögen. Im Sport spricht man von einem „ewigen Talent“, wenn die Potenziale nicht in konstante Leistung umgesetzt werden. Es ist wichtig, Potenzial ganzheitlicher zu betrachten und nicht nur auf einzelne Faktoren zu reduzieren.



Abb. 1: eigene Darstellung

Stärkenorientierte Mitarbeiterentwicklung – vom Potenzial zur Kompetenz

Potenzialmanagement beginnt nun dort, wo nach den Möglichkeiten zur Kompetenzentwicklung auf Grundlage der Potenzialprofile geschaut wird. Potenzialprofile stellen jedoch keine Garantie für erfolgreiche Kompetenzentwicklung dar, aber sie erhöhen signifikant deren Wahrscheinlichkeit.

Ein Gepard hat ein außergewöhnlich hohes Potenzial für Kurzstreckensprints. Aber wenn dieser Gepard in einem Käfig im Zoo eingesperrt ist, wird er sein Potenzial nicht entfalten können. Insofern können mit Potenzialmanagement zwar aussichtsreiche Kompetenzentwicklungsvoraussetzungen identifiziert werden, aber auch das beste Potenzialmanagement kann nicht gewaltsam Käfige öffnen oder geänderte Rahmenbedingungen herbeizaubern. Manchmal jedoch hilft Potenzialmanagement, um einen Zoodirektor faktenbasiert zu überzeugen, dass der Gepard besser in der Savanne aufgehoben ist als im Käfig. Dann kann es vorkommen, dass Zoodirektoren Tiere aus hinderlichen Rahmenbedingungen befreien und dort einsetzen, wo sich ihre Potenziale am besten entfalten können.

Potenzialmanagement kann somit als stärkenorientierte Mitarbeiterentwicklung und -förderung verstanden werden. Wenn sich dann ein Pinguin auf die Stelle des Kurzstreckenläufers bewirbt, brauchen Unternehmen kein Auswahlverfahren durchzuführen, um die stellenbezogenen Defizite des Pinguins für alle peinlich zur Schau zu stellen.

Potenzialorientierte Arbeitgeber bieten einem solchen Pinguin-Bewerber eine Potenzialanalyse an, erstellen ein Potenzialprofil und schauen dann mit Hilfe ihres Potenzialmanagementsystems, welches Zielprofil am besten für den Pinguin geeignet ist und beraten ihn aus dem Blickwinkel einer Potenzialperspektive: Welche Kompetenz(en) könnte dieser Pinguin mit Freude, Leichtigkeit und Erfolg entwickeln? In welchen Stellen sind diese Kompetenzen zu finden?

Wenn der Pinguin merkt, dass es um ihn und um seine Potenzialentfaltung geht, dann ist Potenzial- und Kompetenzmanagement nicht nur ein wirksames Instrument, sondern eine Kultur aus Wertschätzung und Menschlichkeit. Pinguine, Schnecken und Geparde, die von ihren Arbeitgebern so behandelt werden, honorieren diese Wertschätzung mit geringerer Fluktuation, niedrigeren Krankenquoten und einer signifikant höheren Produktivität. Wenn Kompetenzmanagement dann auf einem solchen Potenzialmanagement aufsetzt, macht Potenzialrecruiting sowie -entwicklung nicht nur Sinn, sondern bewirkt auch betriebswirtschaftlich einen hohen Return on Investment. Diese Menschen sind glücklicher und arbeiten höchst motiviert.

Wer mehr über Potenzial- und Kompetenzmanagement erfahren möchte, findet weiterführende Informationen im gleichnamigen Buch vom Mitautor dieses Artikels, Manuel Schuchna, erschienen im Schäffer-Poeschel Verlag: Innovatives Potenzial- und Kompetenzmanagement: Mit Affinitätenprofilen zu besseren Personalauswahlverfahren. ■



Außerstrafrechtliche Rechtsfolgen für den GmbH-Geschäftsführer (und die GmbH)



John Paul Fürus

Rechtsanwalt und Steuerberater,
Fachanwalt für Strafrecht,
Fachanwalt für Steuerrecht
Rechtsanwalt, Wessing & Partner

Die strafrechtliche Verurteilung eines GmbH-Geschäftsführers kann in doppelter Hinsicht von Erheblichkeit sein. Mit der Verurteilung ist in der Regel nicht nur eine Bestrafung in Form einer Geld- oder Freiheitsstrafe verbunden, zudem kann der GmbH-Geschäftsführer bei bestimmten Delikten für längere Zeit (fünf Jahre) auch seine Eignung als Geschäftsführer verlieren. Er ist damit rechtlich unfähig, das Amt des Geschäftsführers auszuüben, sog. Inhabilität. In § 6 GmbHG sind verschiedene gesetzliche Ausschlussgründe genannt, die eine Eignung als Geschäftsführer verhindern. Das Amt des Geschäftsführers erlischt mit der Verurteilung von Gesetzes wegen. Aber selbst wenn der GmbH-Geschäftsführer nicht verurteilt wird, können durch die strafrechtlichen Ermittlungen Sachverhalte zutage gefördert worden sein, die von den Gewerbeämtern im Rahmen eines Gewerbeuntersagungsverfahrens aufgegriffen werden und nach deren Entscheidung zum Verlust des Amts als Geschäftsführer führen. So z. B. bei einer Gewerbeuntersagung nach Feststellung von Tatsachen, die gleichsam eine Unzuverlässigkeit begründen, § 35 GewO.

1. Strafrechtliche Inhabilität und Registersperre – Katalogtaten ohne Mindeststrafe

Im GmbH-Gesetz sind die strafrechtsbezogenen sog. Inhabilitätsgründe geregelt. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG enthält verschiedene Kataloge von Straftaten, die unmittelbar zum Ausschluss vom Geschäftsführeramt einer GmbH führen. Die gesetzliche Regelung

unterscheidet dabei – unabhängig von der Höhe einer verhängten Strafe – zwischen Straftaten, bei denen bereits jede rechtskräftige Verurteilung – unabhängig von der Strafhöhe – zum Ausschluss vom Geschäftsführeramt führt (Nr. 3 Buchst. a – d, sog. besonders unternehmensbezogene Straftaten) und solchen, bei denen mit der Verurteilung eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe erreicht werden muss. Vom Gesetzgeber wurden als besonders unternehmensbezogen angesehen vorsätzlich begangene Insolvenz- und Bankrottstraftaten (§ 15a InsO, §§ 283 – 283c StGB) und vorsätzlich begangene Straftaten wegen falscher Angaben (§§ 82 GmbH, 399 AktG) bzw. wegen unrichtiger Darstellung (§§ 400 AktG, 331 HGB, 313 UmwG und 17 PublG).

Die Inhabilität tritt bei besonders unternehmensbezogenen Straftaten unabhängig von der Höhe der verhängten Strafe ein. Jede Verurteilung für eine Katalogtat ist ausreichend, um die Eignung als Geschäftsführer zu verlieren, selbst bei einer geringen Strafe, wie z. B. bei einer Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 Abs. 1 StGB. Der Ausschluss vom Amt des Geschäftsführers ist zeitlich auf fünf Jahre begrenzt, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 aE GmbHG. Ausländische Verurteilungen wegen vergleichbarer ausländischer Straftaten führen ebenfalls zur Registersperre.

Hingegen hat die Verurteilung wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung, § 15a Abs. 5 InsO oder eines fahrlässigen Bankrottdelikts nach §§ 283 Abs. 5, 283b Abs. 2 StGB unmittelbar keine weitere handelsregisterrechtliche Folge.

Die Frage, ob es einer Verurteilung als Täter bedarf, oder ob die Verurteilung als Teilnehmer ausreicht, wurde lange Zeit diskutiert (z. B. Ahlbrecht, wistra 2018, 241ff.), höchst-richterlich aber lange nicht entschieden. Der Bundesgerichtshof (Entscheidung vom 03.12.2019, II ZB 18/19, NZG 2020, 145) hatte in einer Registersache hierzu nun die Möglichkeit Stellung zu beziehen. Er hat sich gegen eine maßvolle und verhältnismäßigere Auslegung der Norm entschieden und führt aus, dass auch Teilnehmer, also derjenige, welcher zu einer Katalogtat (Nr. 3 Buchst. a – d) Hilfe geleistet hat, nicht Geschäftsführer sein könne. Der Gegenauffassung konnte sich der Bundesgerichtshof nicht anschließen. Auf den Wortlaut des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG könne man sich nicht berufen, da die Norm nicht zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheide.

2. Strafrechtliche Inhabilität und Registersperre – Katalogtaten und Mindeststrafe

Wie bereits ausgeführt kann eine Verurteilung bei den in Buchst. e genannten Vermögensdelikten (§§ 263–264a StGB sowie §§ 265b–266a StGB, nicht besonders unternehmensbezogenen Straftaten) eine Registersperre Folge sein, wenn eine Mindeststrafe erreicht wird. Nach der Norm führt eine

Verurteilung lediglich dann zum Ausschluss vom Geschäftsführeramt, wenn die Strafe mindestens ein Jahr Freiheitsstrafe beträgt.

Hinsichtlich des dort geregelten Mindest-Strafmaßes von einem Jahr Freiheitsstrafe stellt sich in der Praxis zuweilen die Frage, ob der Ausschluss der Geschäftsführertätigkeit auch dann eintritt, wenn eine Gesamtstrafe aus mehreren Taten gebildet wird, die aus Nicht-Katalog- und Katalogtaten gebildet worden ist und diese Gesamtstrafe mehr als ein Jahr Gesamtfreiheitsstrafe erreicht oder überschreitet. Der Bundegerichtshof hat hierzu bislang nicht entschieden. Nach Stimmen aus der Literatur soll hierzu allein auf die Summe derjenigen Einzelstrafen abzustellen sein, welche eine Verurteilung wegen einer in § 6 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. e GmbHG genannten Katalogtat umfassen (Satzger/Endler NZG 2019, 1201ff.). Liegt die Einzelstrafe für die Katalogtat unter einem Jahr, fehlen danach die Voraussetzung für eine Registersperre.

3. Strafrechtliche Inhabilität und Registersperre – Rechtsfolgen

Aus der Verurteilung ergibt sich eine unmittelbare gesetzliche Folge, wonach der verurteilte Geschäftsführer während der Dauer

von fünf Jahren ab Rechtskraft der Verurteilung kein Amt als Geschäftsführer oder Vorstand antreten kann. Hat der Verurteilte das Amt des Geschäftsführers im Zeitpunkt der Verurteilung noch inne, erlischt es im Zeitpunkt der Rechtskraft einer Verurteilung automatisch; einer Abberufung durch die zuständigen Organe bedarf es nicht mehr. Bleibt der amtsunfähig gewordene Geschäftsführer weiterhin in seiner Stellung, wird es zum faktischen Organ. Das Registergericht kann die Eintragung dann von Amts wegen löschen. Sie ist nur in besonderen Fällen zu löschen, nämlich wenn das Fortbestehen der Eintragung Schädigungen Dritter zur Folge haben kann oder dem öffentlichen Interesse widerspricht. Ansonsten liegt die Löschung im Ermessen des Registers, sie kann also auch unterbleiben, vgl. OLG Düsseldorf vom 27.04.2021, 3 Wx 65/21, NJW-RR 2021, 1124.

4. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit

Eine Verurteilung, die nicht unmittelbar zum Verlust der Geschäftsführereigenschaft führt, oder bereits das vorangegangene Ermittlungsverfahren können dazu führen, dass die Gewerbebehörden Kenntnis von Sachverhalten erlangen, die ein sog. Gewerbeuntersagungsverfahren gegen den Ge-

schäftsführer auslösen. Dafür müssen sie den Geschäftsführer für unzuverlässig halten. Unzuverlässig im Sinne des § 35 GewO ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt. Jede Verurteilung wegen einer bei der Gewerbeausübung begangenen Tat kann dann wegen Unzuverlässigkeit gemäß § 35 GewO dazu führen, dass ein Gewerbeverbot ergeht. Diese selbst hat dann die Folge, dass die Geschäftsführerstellung aufgrund von § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG in dem Bereich des Verbots verloren geht. D.h. die Geschäftsführerstellung geht insoweit verloren, als dass der statuierte oder tatsächliche Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise im Bereich des vom Verbot umfassten Gewerbe(-zweig)s liegt. Das Verbot muss nicht die Geschäftsführereigenschaft als solche betreffen, es genügt, wenn ein nebensächlicher Teil des Vermögensgegenstands betroffen ist. Die Entscheidung in dem Gewerbeuntersagungsverfahren führt auch zur unmittelbaren gesetzlichen Folge des Amtsverlustes. Ein solches Verfahren lässt sich in der Regel nicht verhindern, wenn der Geschäftsführer verurteilt worden ist, weil die Gewerbebehörden in der Regel von Amts wegen davon in Kenntnis gesetzt werden. Nr. 39 der Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra) regelt, dass

den Gewerbeaufsichtsämtern unter anderem solche rechtskräftigen Entscheidungen mitzuteilen sind, die geeignet sind, Zweifel an der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden hervorzurufen.

Der Ausschluss vom Amt des Geschäftsführers ist nicht zeitlich begrenzt. Sie richtet sich nach der Dauer der Gewerbeuntersagung. Die Fünf-Jahresfrist des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 aE GmbHG ist nicht anwendbar.

Die persönliche Unzuverlässigkeit des Geschäftsführers und damit die Gewerbeuntersagung für den Geschäftsführer kann auch Auswirkungen auf die Tätigkeit einer GmbH selbst haben und zur Gewerbeuntersagung bei der GmbH führen. Die persönliche Unzuverlässigkeit des Geschäftsführers muss sich die GmbH zurechnen lassen, soweit es um Pflichtverletzungen als deren Geschäftsführer geht, vgl. VGH München vom 22.10.2021, 22 ZB 21.2230, BeckRS 2021, 33564. ■



Haftungsrisiken im Außenwirtschaftsrecht: Sanctions Compliance im Fokus



Stephan Müller
Rechtsanwalt und Partner,
Oppenhoff



Mareike Heesing LL.M.
(Köln / Paris I)
Rechtsanwältin und Junior Partnerin,
Oppenhoff

Sanctions Compliance: Ein weiteres Haftungsrisiko für Geschäftsführer im Fokus

In Ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer sind Sie häufig als Ausführverantwortlicher gegenüber dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) benannt. Damit sind Sie für die Einhaltung der Exportkontrollvorschriften persönlich verantwortlich. Diese Position umfasst auch die Einhaltung der geltenden europäischen Sanktionen und Embargos. Die aktuellen Sanktionen gegen Russland nehmen wir zum Anlass, um die entsprechenden Aufgaben und Verantwortlichkeiten in aller Kürze darzustellen.

EU-Sanktionen gibt es nicht erst seit 2022

Wirtschaftssanktionen und Embargos sind ein seit vielen Jahren etabliertes Instrument der politischen Einflussnahme durch Verhängen von (überwiegend) Export- und Importbeschränkungen gegen Staaten und Personen. Durch die aktuellen Wirtschaftssanktionen gegen Russland als Reaktion auf den russischen Angriffskrieg auf die Ukraine haben die Sanktionen aber eine nochmals gesteigerte Bedeutung erlangt – auch wegen der engen wirtschaftlichen Verflechtung zwischen Russland und Deutschland.

Bereits im Jahr 2004 bekannte sich die EU in den „Grundprinzipien für den Einsatz restriktiver Maßnahmen“ dazu, dass „der wirkungsvolle Einsatz von Sanktionen ein wichtiges Mittel darstellt, um Frieden und Sicherheit auf internationaler Ebene im Einklang mit den Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen und unserer Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik zu erhalten und wiederher-

zustellen“. Sie verpflichtete sich, die uneingeschränkte, wirkungsvolle und fristgerechte Umsetzung der vom UN-Sicherheitsrat beschlossenen Maßnahmen sicherzustellen und, wenn nötig, eigene autonome Maßnahmen zu ergreifen. Heute bestehen mehr als vierzig verschiedene Sanktionsregime der EU.

Was sind Sanktionen und Embargos?

Sanktionen sind ein wichtiges Instrument der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) der EU, mit dem die EU bei Bedarf eingreifen kann, um Konflikte zu verhindern oder auf entstehende oder aktuelle Krisen zu reagieren. Trotz ihrer umgangssprachlichen Bezeichnung „Sanktionen“ haben diese Maßnahmen keinen ausgesprochenen Strafcharakter. Sie sollen vielmehr eine Änderung der Politik oder der Aktivitäten bewirken, indem sie auf Nicht-EU-Länder sowie auf Einrichtungen und Einzelpersonen abzielen, die für ein schädliches Verhalten als verantwortlich angesehen werden.

EU-Sanktionen können sich gegen Regierungen von Nicht-EU-Ländern sowie gegen Unternehmen, Gruppen, Organisationen oder Einzelpersonen richten. Im Wesentlichen gibt es vier Kategorien von Maßnahmen, die entweder einzeln oder auch in Kombination verhängt werden können:

- Waffenembargos
- Einreisebeschränkungen (Reiseverbote)
- personenbezogene Finanzsanktionen sowie
- andere wirtschaftliche Maßnahmen wie Dienstleistungs-, Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen oder Finanzmarktbeschränkungen

Welche Ausführbeschränkungen gelten im Rahmen von Sanktionen?

Viele Sanktionsregime beinhalten Beschränkungen und Verbote der Ausfuhr bestimmter Güter, Technologien und Software. Diese können entweder einzelne Güter betreffen, die im Anhang der entsprechenden Verordnung aufgelistet sind, oder sämtliche Güter, die für einen definierten Wirtschaftssektor bestimmt sind, z. B. alle Güter, Technologien und Software, die für den militärischen Einsatz oder für Cyber-Surveillance genutzt werden könnten.

Während sich einige Beschränkungen nahezu aufdrängen, erschließt sich der Grund für die Kontrolle bei anderen erst auf den zweiten Blick. So ist es beispielsweise verboten, aufblasbare Boote zu Sport- oder Vergnügungszwecken nach Libyen zu exportieren. Denn diese könnten für den Menschenmuggel verwendet werden. Auch Einzelteile und Komponenten können kontrolliert sein, selbst wenn sie zunächst unbedeutend erscheinen. Die Sanktionen greifen also sehr viel weiter als etwa die Dual-Use Kontrollen. Daher kann nahezu jedes Unternehmen in den Geltungsbereich von Sanktionen geraten – auch wenn die hergestellten oder vertriebenen Produkte auf den ersten Blick völlig „harmlos“ sind.

Es ist daher unumgänglich, dass jedes Unternehmen die Sanktionsregime kennt und prüft, ob Produkte von einem dieser Regime erfasst ist. Es ist die Aufgabe des Ausführverantwortlichen, die innerbetriebliche Exportkontrolle zu organisieren und die dafür zuständigen Mitarbeiter so anzuleiten, dass nicht gegen Ausführbeschränkungen und -verbote der Sanktionen verstoßen wird.

Was sind personenbezogene Finanzsanktionen?

Personenbezogene Finanzsanktionen stellen oftmals ein weiteres zentrales Element der Sanktionspolitik dar. Wenn eine natürliche oder juristische Person im Anhang einer Finanzsanktionsverordnung, der sog. Sanktionsliste, gelistet ist, werden ihre Gelder und wirtschaftlichen Ressourcen eingefroren. Den gelisteten Personen dürfen weder unmittelbar noch mittelbar Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen zugutekommen.

Die Sanktionierung betrifft auch Unternehmen, an denen sanktionierte Personen 50 % oder mehr der Anteile halten oder die von sanktionierten Personen kontrolliert werden. Das gilt auch dann, wenn das betreffende Unternehmen selbst nicht auf einer Sanktionsliste geführt wird.

Die aktuell längste Finanzsanktionsliste der EU ist die Verordnung 269/2014 als Teil der Sanktionen gegen Russland, auf der über 1.400 Personen und 175 Unternehmen und Organisationen gelistet sind. Personenbezogene Finanzsanktionen sind besonders dynamisch und können sich täglich ändern.

Um sicherzustellen, dass nicht gegen diese Sanktionen verstoßen wird, ist ein sog. Sanctions-Screening einzurichten und regelmäßig durchzuführen. Dabei werden die Namen von Geschäftspartnern und Mitarbeitern mit den Einträgen der Sanktionslisten abgeglichen. Die genaue Ausgestaltung des Screenings kann sich durchaus an der konkreten Risikoexposition orientieren (sog. risikobasierter Ansatz). Idealerweise findet ein Screening jedoch kontinuierlich statt und erfasst auch Geschäftspartner im Bestand, da sich die Listen ständig ändern.



Gelten auch Sanktionen anderer Länder?

EU-Sanktionen gelten für alle Personen, die sich in einem Mitgliedsstaat der EU aufhalten, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, und für nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete oder eingetragene juristische Personen, Organisationen und Einrichtungen innerhalb und außerhalb des Gebiets der Union. Sie sind daher von allen Mitarbeitern deutscher Unternehmen unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft zwingend zu befolgen.

Daneben müssen Mitarbeiter mit ausländischer Staatsbürgerschaft oder Aufenthaltserlaubnis bei ihrer Tätigkeit auch die Sanktionen des Staates befolgen, dessen Staatsbürgerschaft oder Aufenthaltserlaubnis sie tragen; auch wenn sie sich im Ausland aufhalten. US-Sanktionen gelten außerdem auch für Inhaber einer dauerhaften Aufenthaltserlaubnis (sog. Green Card). Es ist also wichtig, die Nationalitäten der Unternehmensmitarbeiter zu kennen und auf diese extra-territoriale Wirkung hinzuweisen.

Außerdem kann das US-Recht für EU-Unternehmen sog. extra-territoriale Wirkung haben. Teilweise geht das US-Recht von einer unmittelbaren Anwendbarkeit aus, auch wenn ansonsten keine Verbindung zu den USA besteht (sog. Secondary Sanctions). Ob diese Wirkung auch rechtlich durchgesetzt werden kann, ist sehr fraglich. Aus Angst, selbst sanktioniert zu werden, haben viele EU-Unternehmen, die Verbindungen oder Geschäfte in den USA haben, aber dennoch die Policy, keine Geschäfte zu machen, die nach US-Recht sanktioniert wären.

Welche Rolle spielen Sanktionen im internen Compliance-System?

Wie die sonstige Exportkontrolle ist auch die Sanctions Compliance im internen Compliance-System (ICP) abzubilden. Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) fordert in seinem Merkblatt „Firmeninterne Exportkontrolle, Betriebliche Organisation im Außenwirtschaftsverkehr“

- Angaben zu Arbeitsmitteln, insbesondere zum Zugang zu maßgeblicher Rechtstexten einschließlich der Güter- und Sanktionslisten in der jeweils geltenden Fassung
- Vorschriften zur Überprüfung der einschlägigen Embargoregelungen,
- Angaben zu Sanktions-Screenings, inkl. Wiederholungen der Prüfungen, mögliche Nutzung einer Software, Beschreibung der Prüfroutine
- Verfahrensregeln, die im Einzelnen angeben, wie Treffer verifiziert werden und wahrscheinliche Übereinstimmungen zu behandeln sind.

Alle diese Abläufe und Ergebnisse sind zu dokumentieren. Es ist Teil der Aufgabe des Ausfuhrverantwortlichen, dieses ICP zu etablieren und regelmäßig zu prüfen.

Haftung für Sanktionsverstöße

Verstöße gegen Sanktionen können – bei Vorsatz – mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafen sanktioniert werden. Fahrlässiges Handeln oder Unterlassen kann als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße 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. Über § 30 OWiG kann zudem (und wird in der Regel) eine Unternehmensbuße verhängt werden.

Die Verwirklichung von Verstößen gegen Sanktionen kann 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. Danach haftet ein Geschäftsführer, welcher seine Obliegenheiten verletzt, gegenüber der Gesellschaft für den entstandenen Schaden.

Außerdem werden Sanktionsverstöße häufig auch in der Presse thematisiert und können zu einem erheblichen Reputationsschaden für das Unternehmen führen.

Um diese Risiken weitestgehend zu minimieren, ist es unerlässlich, dass der Geschäftsführer als Ausführverantwortlicher auch Sanctions Compliance bei der Einrichtung des internen Compliance-Systems berücksichtigt und sachkundige Mitarbeiter auswählt und fortbildet. Außerdem hat der Ausführverantwortliche systematische Kontrollen durchzuführen, wobei es nicht notwendig ist, dass er jeden Ausführungsvorgang prüft. ■



Arbeitszeiterfassung – Was Geschäftsführer jetzt wissen müssen



Bernhard Groß
Rechtsanwalt |
Fachanwalt für Arbeitsrecht

In einer aufsehenerregenden Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) im September 2022 entschieden, dass Arbeitgeber verpflichtet sind, die Arbeitszeit ihrer Mitarbeitenden zu erfassen. Das daran anknüpfende Gesetzgebungsverfahren zur Anpassung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) ist noch nicht abgeschlossen. Leitlinien zur systematischen Erfassung der Arbeitszeit stehen aber bereits fest. Arbeitgeber sind zudem gut beraten, nicht allein eine Arbeitszeiterfassung zu installieren, sondern verknüpfte Themen mitzudenken, etwa die Abgeltung von Überstunden oder mögliche Flexibilisierungsinstrumente.



Dr. Niklas Breucker
Rechtsanwalt, ALTENBURG

Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Bislang schreibt das ArbZG lediglich die Erfassung der über acht Stunden werktäglich hinausgehenden Arbeitszeit vor. Daneben besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung z. B. für geringfügig Beschäftigte oder für Mitarbeitende bestimmter Branchen. Bereits im Jahr 2019 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) für einen Sachverhalt in Spanien entschieden, dass nach europäischem Recht zur sachgerechten Bestimmung von Überstunden die gesamte Arbeitszeit aller Mitarbeitenden aufzuzeichnen ist (Az. C-55/18). Danach wurde mehrheitlich vertreten, dass in Deutschland die Entscheidung des EuGHs erst durch den Gesetzgeber umgesetzt werden muss. Dem ist das BAG zuvorgekommen und hat am 13. September 2022 (Az. 1 ABR 22/21) festgestellt, dass auch in Deutschland bereits jetzt die Arbeitszeit aufzuzeichnen ist. Anlässlich der Entscheidung des BAG ist der Gesetzgeber tätig geworden. Seit April 2023 liegt ein erster Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften“ vor.

Wie muss die Arbeitszeiterfassung ausgestaltet sein?

Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung besteht bereits jetzt. Nach der Entscheidung des BAG und dem Referentenentwurf lassen sich die folgenden Eckpunkte eines Zeiterfassungssystems festhalten:

- Weder der EuGH noch das BAG schreiben eine bestimmte Form der Zeiterfassung vor. Voraussetzung ist lediglich, dass Arbeitgeber ein „objektives, verlässliches und zugängliches“ System zur Arbeitszeiterfassung einrichten, das geeignet ist, den Gesundheitsschutz der Mitarbeitenden zu gewährleisten. Der erste Referentenentwurf sieht jedoch vor, dass die Zeiterfassung elektronisch erfolgen muss. Dem können z. B. Systeme der HR-Softwareanbieter, am Markt angebotene Apps oder auch Excel-Sheets gerecht werden, sofern sie den genannten Anforderungen genügen. Es gibt insofern keine verpflichtende Einheitslösung. Bei der Auswahl des Systems zur Zeiterfassung dürfen Arbeitgeber sowohl die Eigenheiten des Unternehmens als auch die betroffenen Tätigkeitsbereiche der Mitarbeitenden berücksichtigen. Übergangsweise soll die Arbeitszeit nach jetzigem Stand – gestaffelt nach der Unternehmensgröße – noch bis zu fünf Jahre in nichtelektronischer Form aufgezeichnet werden können.
- Zu erfassen sind Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit, nach dem Referentenentwurf jeweils am Tag der Arbeitsleistung. Die Aufzeichnungen sind mindestens zwei Jahre in deutscher Sprache im Inland aufzubewahren.
- Es ist zulässig, die Pflicht zur Zeiterfassung an die Mitarbeitenden zu delegieren. Allerdings sind Arbeitgeber weiterhin für die Umsetzung der Zeiterfassung verantwortlich und müssen die Ver-



wendung daher zumindest stichprobenartig kontrollieren. Arbeitgeber müssen ihre Mitarbeitenden zur Zeiterfassung anweisen. Ein Bereitstellen des Systems zur freiwilligen Nutzung ist nicht ausreichend. Die Arbeitszeitdaten müssen erfasst und aufgezeichnet werden.

- Zu erfassen sind grundsätzlich die Zeiten aller Mitarbeitenden. Lediglich leitende Angestellte sind spätestens mit der Änderung des ArbZG von der Pflicht zur Zeiterfassung ausgenommen.
- In einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung sollen Abweichungen vereinbart werden können von der elektronischen Form, von dem Zeitpunkt der Aufzeichnung (bis zu sieben Tage nach der Arbeitsleistung) sowie für Mitarbeitende, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von ihnen selbst festgelegt werden kann.

Was ist Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes?

Von besonderer Bedeutung ist, welche Zeiten von Mitarbeitenden als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG zu erfassen sind. Arbeitszeit ist grundsätzlich die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne Ruhepausen. Pausen zählen nicht zur Arbeitszeit, sofern sie nicht fremdbestimmt, also vom Arbeitgeber veranlasst sind (z. B. beim Stillstand einer Maschine). Die Einordnung kann sich bisweilen schwierig gestalten, etwa im Rahmen von Dienstreisezeiten oder (Ruf)bereitschaft und bedarf klarer betrieblicher Regelung. Arbeitgeber müssen darüber hinaus – auch bei Home und Mobile Office – sicherstellen, dass die Grenzen des ArbZG eingehalten werden. Mitarbeitende sind entsprechend zu schulen, um eine sachgerechte Zeiterfassung und „Arbeitszeit Compliance“ sicherzustellen.

Ist Vertrauensarbeitszeit noch zulässig?

In Übereinstimmung mit dem aktuellen Koalitionsvertrag sieht auch der Referentenentwurf vor, dass flexible Arbeitszeitmodelle weiterhin möglich sein sollen. Die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit bleibt zulässig. Jedoch besteht zukünftig auch bei Vertrauensarbeitszeit die Pflicht zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit. Dies steht einer Arbeitszeitsouveränität der Mitarbeitenden aber nicht entgegen. Der Arbeitgeber kann Mitarbeitenden weiterhin gestatten, ihre Arbeitszeit innerhalb der gesetzlichen und betrieblichen Rahmenbedingungen frei festzulegen. Er muss jedoch durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass ihm Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten bekannt werden. Arbeitgeber können hierbei durch flexible betriebliche Regelungen Gestaltungsräume nutzen.

Überstundenabgeltung

Die verpflichtende Aufzeichnung der Arbeitszeit inklusive der Überstunden wird auch Auswirkung auf Vergütungsthemen haben. Das gilt insbesondere auch, da der Referentenentwurf vorsieht, dass der Arbeitgeber Mitarbeitende auf Verlangen über die aufgezeichnete Arbeitszeit zu informieren und auf Verlangen eine Kopie der Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen hat. Erfreulicherweise hat das BAG bereits klargestellt, dass Mitarbeitende weiterhin nicht nur den Umfang ihrer behaupteten Überstunden darlegen und beweisen müssen, sondern auch, dass der Arbeitgeber die Überstunden angeordnet, gebilligt oder geduldet hat. Für letzte Anforderung ergibt sich aus einer (fehlenden) Aufzeichnung der Arbeitszeit weder ein Nachweis noch eine Vermutungswirkung zu Gunsten der Mitarbeitenden. Dennoch sollten Arbeitgeber Risiken durch eine saubere Gestaltung der Regelungen zu Überstunden entgegenwirken. Eine Möglichkeit

kann die arbeitsvertragliche Vereinbarung einer Ausschlussklausel sein, wonach Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit geltend gemacht werden. Die Anforderungen an derartige Ausschlussklauseln sind in den letzten Jahren durch neue Rechtsprechung und Gesetzgebung verschärft worden. Insbesondere Ausschlussklauseln in älteren Arbeitsverträgen sind daher vielfach unwirksam. Auch bei der pauschalen Abgeltung von Überstunden mit der Monatsvergütung ist Vorsicht geboten. Arbeitgeber sollten Arbeitsverträge dahingehend sorgfältig prüfen, um finanzielle Risiken rechtssicher zu begrenzen.

Mitbestimmung des Betriebsrats

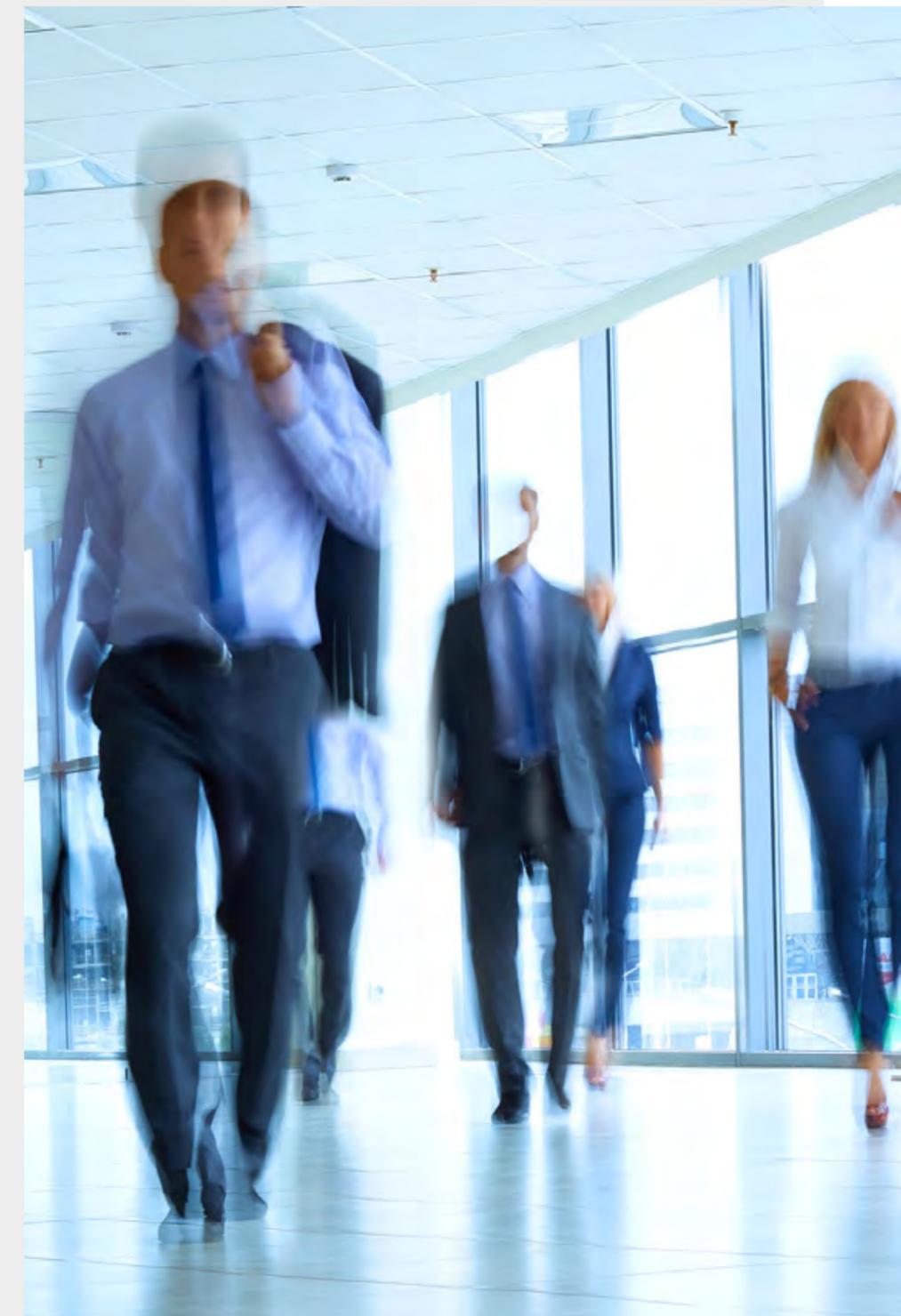
Der Betriebsrat kann nicht verlangen, dass ein System zur Arbeitszeiterfassung eingeführt wird. Dafür bleibt bei einer gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers kein Raum. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Zeiterfassung besteht allerdings – vorbehaltlich weiterer Anpassungen durch den Gesetzgeber – regelmäßig ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Die Betriebsparteien müssen insoweit gemeinsam handeln.

Fazit

Bei Verstößen gegen die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung droht bis zur geplanten Änderung des ArbZG kein Bußgeld. Eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit kann sich derzeit erst dann ergeben, wenn der Arbeitgeber gegen eine Anordnung der zuständigen Landesbehörde zur Einführung einer Arbeitszeiterfassung verstoßen hat oder er die bisherige Pflicht zur Aufzeichnung von Überstunden missachtet. Es bleibt zudem abzuwarten, welche Änderungen der Referentenentwurf im Gesetzgebungsverfahren noch erfahren

wird. Das bleibt insbesondere mit Blick auf die wenig flexible Pflicht zur täglichen Aufzeichnung, die fehlende Öffnung für Ausnahmen durch die Betriebsparteien oder ausgelassene gesetzliche Branchenausnahmen zu hoffen. Arbeitgeber sind aber unabhängig vom weiteren Gesetzgebungsverfahren gut beraten, zeitnah eine Bestandsaufnahme der betrieblichen Arbeitszeitregelungen durchzuführen und ggf. Parameter für eine erforderliche Anpassung festzulegen. In gewachsenen Konzernstrukturen kann sich die Gelegenheit zur Harmonisierung der Arbeitszeitsysteme bieten. Eine Orientierung bei der Umsetzung soll die folgende Roadmap sein:

- **Arbeitszeitsystem prüfen:** Sind feste Arbeitszeiten (z. B. Schichtarbeit, Kernarbeitszeiten) oder flexible Arbeitszeitmodelle (z. B. Vertrauensarbeitszeit, Arbeitszeitkonten) gewünscht? Sind gesetzliche oder tarifliche (Sonder)regeln berücksichtigt, z. B. zu Rufbereitschaft oder Sonn- und Feiertagsarbeit?
- **Arbeitszeiterfassung bestimmen:** Auswahl eines (elektronischen) Systems zur Arbeitszeiterfassung unter Berücksichtigung des Gesundheitsschutzes sowie der Tätigkeitsbereiche und der Eigenheiten des Unternehmens.
- **Arbeitszeit definieren:** Welche Zeiten müssen Mitarbeitende im System als Arbeitszeit buchen? Sind klare Regelungen geschaffen, z. B. für Dienstreisen, mobile Arbeit oder die Nutzung betrieblicher Freizeiteinrichtungen? Sind die Mitarbeitenden informiert und zu den betrieblichen und gesetzlichen Regelungen geschult?
- **Vergütungsfragen klären:** Wann dürfen Überstunden angeordnet und wie sollen sie abgegolten werden? (Einzelvergütung, Pauschalabgeltung, Freizeitausgleich, Zuschläge usw.) Sind die Regelungen zur Abgeltung von Überstunden wirksam vereinbart?
- **Betriebsrat einbinden:** In Unternehmen mit Betriebsrat ist die Regelung der Arbeitszeiterfassung regelmäßig Gegenstand der Mitbestimmung. ■



Die Insolvenz in Eigenverwaltung: Fallstricke für Geschäftsführer vermeiden



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



Fabian von Lübken
Rechtsanwalt und Counsel,
Seitz Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Einleitung

Die Eigenverwaltung erfreut sich seit mehreren Jahren stetig wachsender Beliebtheit und angesichts wieder ansteigender Unternehmensinsolvenzen ist davon auszugehen, dass sich diese Entwicklung fortsetzen wird.

Die Eigenverwaltung ermöglicht es der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)¹ trotz Stellung eines Insolvenzantrags, den eigenen Geschäftsbetrieb unter bestimmten Voraussetzungen und Aufsicht eines Sachwalters selbst fortzuführen und zu sanieren oder abzuwickeln. Gegenüber einem regulären Insolvenzverfahren erscheint die Eigenverwaltung für die Geschäftsführer und Gesellschafter daher oftmals als vorzugswürdig, bedingt aber auch die Erfüllung gewisser Voraussetzungen. Allerdings bestehen in der Eigenverwaltung für den Geschäftsführer auch verschiedene Fallstricke, die mit entsprechenden haftungsrechtlichen Risiken verbunden sind.

Dieser Beitrag geht zunächst auf eine der zwingenden Voraussetzungen für die Anordnung der Eigenverwaltung ein: die zu erstellende Finanzplanung sowie die damit für den Geschäftsführer einhergehenden Pflichten (dazu unter A.). Sodann wird der allgemeine Handlungs- und Haftungsmaßstab für den Geschäftsführer in der Eigenverwaltung dargestellt (dazu unter B.), bevor sich ein Überblick über diejenigen Aspekte anschließt, die bei der Verwertung von unter Eigentumsvorbehaltsrechten gelieferten Waren zu beachten sind (dazu unter C.). Abschließend wird aufgezeigt, durch welche Maßnahmen der Geschäftsführer etwaige Haftungsrisiken frühzeitig erkennen und bestmöglich vermeiden kann (dazu unter D.).

A. Finanzplanung in der Eigenverwaltung

Zu den zwingenden Voraussetzungen für die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung gehört nach § 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO die Vorlage eines belastbaren Finanzplans, durch den die Gesellschaft und ihr Geschäftsführer nachweisen müssen, dass die Durchfinanzierung der Gesellschaft für mindestens sechs Monate gesichert ist. Durch die Vorschrift von § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SanInsKG wurde der Zeitraum, den dieser Finanzplan abdecken muss, – zeitlich befristet bis zum 31. Dezember 2023 – auf vier Monate verkürzt.

Allerdings muss der Geschäftsführer in diesem Zusammenhang zum einen darauf achten, dass die Finanzplanung während der Eigenverwaltung fortlaufend aktualisiert und überprüft wird. Schließlich ist der Geschäftsführer dazu verpflichtet, fortwährend zu (über-)prüfen, ob die Voraussetzungen für die Eigenverwaltung fortwährend fortbestehen und etwaige Änderungen dem Insolvenzgericht und dem (vorläufigen) Sachwalter mitzuteilen.

Zum anderen ersetzt die vorübergehende Verkürzung des Planungszeitraums nach § 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO keinesfalls die Pflicht des Geschäftsführers zu einer intensiven Auseinandersetzung mit der langfristigen Finanz- und Unternehmensplanung. Diese sollte grundsätzlich auch weiterhin deutlich über den Zeitraum von vier Monaten hinaus erfolgen und ebenfalls fortwährend plausibilisiert und bei Änderung der zugrundeliegenden Planungsprämissen und Umstände angepasst werden.

¹ Ein Eigenverwaltungsverfahren kommt selbstverständlich nicht nur für die GmbH, sondern auch für Gesellschaften anderer Rechtsform in Betracht. Gleichwohl wird in diesem Beitrag allein auf die GmbH und ihren Geschäftsführer im Kontext der Eigenverwaltung eingegangen. Die Ausführungen gelten für Geschäftsleiter von Gesellschaften in anderer Rechtsform jedoch entsprechend.

B. Veränderter Haftungs- und Handlungsmaßstab

Im laufenden Geschäftsbetrieb sind es Geschäftsführer gewohnt, ihr Handeln – im Rahmen des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs nach § 43 GmbHG – allein am Interesse der Gesellschaft auszurichten und in diesem Kontext im Wesentlichen allein Weisungen und Beschlüsse der Gesellschafter(-versammlung) zu berücksichtigen. Ob Geschäftsführer darüber hinaus ab dem Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflichten auch zur Wahrung der Interessen der Gläubigersamtheit, den sog. „shift of duties“, verpflichtet sind, ist seit Inkrafttreten des Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz (StaRUG) Gegenstand lebhafter Diskussionen.² Vollkommen unstreitig ist indes, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft ab Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung einen grundlegend veränderten Handlungs- und Haftungsmaßstab zu beachten hat.

I. Interesse der Gläubigersamtheit als Handlungsmaßstab

In der (vorläufigen Eigenverwaltung) wird der Pflichtenkreis des Geschäftsführers um einen weitreichenden insolvenzrechtlichen

Pflichtenkanon erweitert, der seinen Ursprung nicht in dessen gesellschaftsrechtlicher Organstellung hat.³ Denn in der Eigenverwaltung nimmt der Geschäftsführer nach § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO insolvenzspezifische Rechte und Pflichten wahr und übt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Gesellschaft gleich einem Insolvenzverwalter aus.

So ist der Geschäftsführer in der Eigenverwaltung etwa dazu berechtigt und verpflichtet, die Entscheidung über die Erfüllung beiderseits nicht vollständig erfüllter Verträge (§ 279 InsO) zu treffen, die Verwertung von Gegenständen, an denen Absonderungsrechte bestehen (§ 282 Abs. 1 Satz 1 InsO), die Ausübung von Sonderkündigungsrechten (§§ 109, 113 InsO) und das Bestreiten von angemeldeten Forderungen (§ 283 Abs. 1 Satz 1 InsO) vorzunehmen.

Die Leitungsmacht des Geschäftsführers ist folglich nicht mehr originär gesellschaftsrechtlich, sondern fortan primär insolvenzrechtlich geprägt.⁴ Dementsprechend dürfen die Geschäftsführer ihr Handeln in der Eigenverwaltung nicht mehr an den Interessen der Gesellschaft oder der Gesellschafter ausrichten. Der Maßstab ihres Handelns ist fortan allein das Interesse der Gläubigersamtheit.⁵

II. Unbeachtlichkeit von Weisungen der Überwachungsorgane

Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass die gesellschaftsrechtlichen Überwachungsorgane nach § 276a Abs. 1 Satz 1 InsO in der Eigenverwaltung keinen Einfluss mehr auf die Geschäftsführung der Gesellschaft haben. Der Geschäftsführer darf (und muss) Weisungen und Auskunftsbegehren der Gesellschafterversammlung und eines ggf. bestehenden Aufsichtsrats nicht mehr nachkommen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Begehren ausnahmsweise nicht die Insolvenzmasse betreffen sollte. Der Geschäftsführer unterliegt in der Eigenverwaltung daher allein der Kontrolle und Überwachung des (vorläufigen) Sachwalters, des (vorläufigen) Gläubigerausschusses sowie der Gläubigerversammlung.

Verletzt der Geschäftsführer die ihm obliegenden insolvenzspezifischen Pflichten, haftet er den Gläubigern der Gesellschaft nach § 276a Abs. 2 Satz 1 InsO i.V.m. §§ 60 ff. InsO persönlich und unbegrenzt. Vor diesem Hintergrund sollte der Geschäftsführer vor Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung sorgfältig prüfen, ob seine Tätigkeit in der Eigenverwaltung (weiterhin) von seiner bestehenden D&O-Versicherung gedeckt ist. Schließlich obliegen ihm, wie ausgeführt, nicht mehr originär gesellschaftsrechtliche,

sondern vielmehr insolvenzrechtliche Rechte und Pflichten. Dieser Aspekt ist, anders als die Frage des Deckungsschutzes für Organhaftungsansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG a.F. bzw. § 15b InsO, soweit ersichtlich, bislang höchstrichterlich noch nicht geklärt. Entsprechend wird es jeweils auf die konkreten Versicherungsbedingungen der D&O-Versicherung ankommen, die der Geschäftsführer entsprechend prüfen sollte.

C. Umgang mit Eigentumsvorbehaltsrechten von Lieferanten

Ein besonderes Augenmerk sollte der Geschäftsführer in der Eigenverwaltung in diesem Kontext auf den Umgang mit solchen Waren richten, die von den Lieferanten unter Eigentumsvorbehaltsrechten geliefert wurden. Die Weiterverarbeitung und/oder -veräußerung dieser Waren kann unter Umständen einen besonders haftungsrelevanten Fallstrick für den Geschäfts-

² Ausgangspunkt der Diskussion war und ist, dass im Referenten- und Regierungsentwurf des StaRUG in den §§ 2, 3 StaRUG-E eine haftungsrechtlich sanktionierte Verpflichtung von Geschäftsleitern zur Berücksichtigung des allgemeinen Gläubigerinteresses ab dem Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit vorgesehen war, diese jedoch mehr oder weniger in „letzter Minute“ durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags aus dem Gesetzentwurf gestrichen wurde. Für die Einzelheiten wird insoweit auf den diesbezüglichen Beitrag von Markgraf/von Lübken in GmbH-Geschäftsführung 2022, S. 88 ff. verwiesen.

³ BGH, Urt. v. 26.04.2018 – IX ZR 238/17, Rn. 28 = NZI 2018, 519, Rn. 28.

⁴ BGH, Urt. v. 26.04.2018 – IX ZR 238/17, Rn. 53 = NZI 2018, 519, Rn. 53.

⁵ BGH, Urt. v. 26.04.2018 – IX ZR 238/17, Rn. 57 ff. = NZI 2018, 519, Rn. 57 ff.

führer darstellen. Daher soll auch aufgezeigt werden, durch welche Maßnahmen sich diese Haftung vermeiden lässt.

I. Widerruf und Beachtlichkeit des Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers

In der Regel widerrufen die Lieferanten spätestens mit Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung die für die Vorbehaltsware erteilte Weiterveräußerungs- und Einziehungsermächtigung. Doch auch wenn ein solcher ausdrücklicher Widerruf nicht erfolgt (ist), sollte der Geschäftsführer sorgfältig prüfen, ob er (weiterhin) zur Weiterveräußerung der Waren und zum Einzug der daraus resultierenden Kaufpreisforderungen berechtigt ist. Häufig wird das Recht zur Weiterveräußerung nämlich nur zur Veräußerung der Waren im „normalen Geschäftsverkehr“ oder „ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr“ erteilt. Zwar erlischt eine erteilte Weiterveräußerungs- und Einziehungsermächtigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht automatisch mit Insolvenzantragstellung, gleichwohl hat der Geschäftsführer zu prüfen, ob die Veräußerung der Vorbehaltsware in der (vorläufigen) Eigenverwaltung (noch) als Veräußerung im ordentlichen Geschäftsverkehr anzusehen ist.⁶ Denn die Ermächtigung zur Weiter-

veräußerung der Waren im normalen bzw. ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr dient allein der Sicherung des Lieferanten, sodass der Geschäftsleiter stets zu prüfen hat, ob der Lieferant unter den konkreten Umständen mit der Weiterveräußerung einverstanden ist oder nicht.⁷ Letzteres wird nur dann der Fall sein, wenn das Sicherungsbedürfnis des Lieferanten durch den Forderungseinzug erhalten bleibt. Die Beantwortung dieser Frage kann dem Geschäftsführer als Kontrollüberlegung dienen.

Ist ein Widerruf der Weiterveräußerungs- und Einziehungsermächtigung erfolgt oder kommt der Geschäftsführer zu der Erkenntnis, dass das Sicherungsbedürfnis des Lieferanten durch den Einzug der Kaufpreisforderung aus der Veräußerung der Waren nicht gedeckt wäre, sollte er die Veräußerung der Waren und den Einzug der Forderungen tunlichst unterlassen, um nicht einer persönlichen Haftung nach §§ 276a Abs. 2 Satz 1 InsO i.V.m. §§ 60 ff. InsO ausgesetzt zu sein. Dies gilt ausdrücklich auch dann, wenn das Insolvenzgericht eine Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO getroffen haben sollte. Eine solche Anordnung des Insolvenzgerichts regelt nämlich allein die Nutzung fremden Eigentums, nicht jedoch dessen Verarbeitung oder Veräußerung.⁸ Dieser bedeutende Unterschied scheint

in der Praxis der Eigenverwaltung immer noch nicht präsent, was entsprechende haftungsrechtliche Konsequenzen mit sich bringt.

II. Vereinbarungen mit wichtigsten Lieferanten

Allerdings lassen sich Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Veräußerung von Vorbehaltswaren recht effektiv durch entsprechende Vereinbarungen mit den Lieferanten vermeiden, durch die eine Veräußerung der Waren gestattet wird. Ebenso wie die GmbH und ihr Geschäftsführer haben auch die Lieferanten regelmäßig ein Interesse an einer Weiterveräußerung der Waren, wenn und soweit für sie die daraus resultierenden Erlöse gesichert sind. Entsprechende Absprachen sollten – zumindest mit den wichtigsten Lieferanten – bereits in der Vorbereitung der Eigenverwaltung getroffen werden, um keine wertvolle Zeit zu verlieren.

Der Geschäftsführer hat dann dafür Sorge zu tragen, dass die durch die Veräußerung der Vorbehaltswaren erzielten Erlöse entsprechend der ihm nach § 270 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 166 ff. InsO obliegenden Pflichten separiert und unverzüglich gegenüber den betreffenden Lieferanten abgerechnet und an diese ausgekehrt werden.

D. Fazit

Der Geschäftsführer muss in der Eigenverwaltung aufgrund der ihm obliegenden insolvenzspezifischen Rechte und Pflichten ein völlig neues „Mindset“ der Geschäftsführung entwickeln und verinnerlichen. Dieses und damit einhergehend auch die Vermeidung der bestehenden Fallstricke lassen sich weitgehend durch eine professionelle Vorbereitung der Eigenverwaltung und fortwährende Begleitung durch entsprechende Berater erreichen. Im Einzelfall kann es sich anbieten, die Geschäftsführung um einen sog. Chief Restructuring Officer zu erweitern.

Darüber hinaus sollte der Geschäftsführer in seinem eigenen Interesse den (vorläufigen) Sachwalter möglichst eng in das Tagesgeschäft einbinden und darauf achten, dass dieser eine aktive Rolle einnimmt. Für ein gelungenes Eigenverwaltungsverfahren wird es darauf ankommen, dass Geschäftsführer und Sachwalter an einem Strang ziehen. Von besonderer Bedeutung ist zudem eine enge Abstimmung mit den wichtigsten Lieferanten und Gläubigern der Gesellschaft. Denn auch diese sind für ein Gelingen der Sanierung oftmals unverzichtbar. ■

⁶ BGH, Urt. v. 24.1.2019, Az.: IX ZR 110/17, Rn. 28 ff. = NZI 2019, 274, Rn. 28 ff.

⁷ BGH, Urt. v. 24.1.2019, Az.: IX ZR 110/17, Rn. 37 = NZI 2019, 274, Rn. 37; Ringstmeier, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Auflage 2017, § 14 Rn. 35.

⁸ BGH, Urt. v. 24.1.2019, Az.: IX ZR 110/17, Rn. 34 = NZI 2019, 274, Rn. 34.

Reicht der Comfort Letter des Gesellschafters noch aus? – Formale Anforderungen an Gesellschafterzusagen zur Annahme einer positiven Fortbestehensprognose



Maximilian Pape
Rechtsanwalt,
Achsnick Pape Opp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Eine noch nicht vollständig überwundene Pandemie, globale Lieferkettenprobleme, ein massiver Anstieg der Energiekosten, die Zinswende und zudem noch die Unwägbarkeiten aufgrund des in der Ukraine geführten Krieges: Für Geschäftsführer wird es aufgrund multipler Krisen immer schwieriger, valide Planungsannahmen als Grundlage für die Fortbestehensprognose ihres Unternehmens zu treffen. Umso wichtiger ist es, dass auch der Gesellschafter finanziell hinter dem Unternehmen steht. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Liquiditätsplanung des Unternehmens kurzfristig Unterdeckungen aufweist, die nicht durch unternehmensinterne Finanzierungsmaßnahmen oder Fremdmittel, gedeckt werden können. Nur welche formalen Anforderungen sind in solchen Fällen an etwaige „Finanzierungszusagen“ aus dem Gesellschafterkreis zu stellen, damit die Geschäftsleitung auch in gerechtfertigter Weise von einer überwiegend wahrscheinlichen Bereitstellung der womöglich überlebenswichtigen Gesellschaftermittel ausgehen darf?

1. Die heutige Fortbestehensprognose im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO

Die in der Sanierungspraxis elementare Fortbestehensprognose ist im Wesentlichen nur im Rahmen des Überschuldungstatbestandes des § 19 Abs. 2 InsO gesetzlich verankert. Überschuldung liegt danach vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens in den nächsten zwölf Monaten ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes (BGH) setzt eine positive Fortbestehensprognose neben dem subjektiven Fortführungswillen des Schuldners die objektive, grund-

sätzlich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept (sogenannte Ertrags- und Finanzplanung) herzuleitende Überlebensfähigkeit des Unternehmens voraus.¹ Dabei ist die Fortbestehensprognose nach nahezu ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose, d. h. es muss sichergestellt sein, dass das Unternehmen in den nunmehr gesetzlich definierten Prognosezeitraum von zwölf Monaten – bzw. während der Anwendbarkeit gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 SanInsKG bis zum 31.12.2023 sogar von nur vier Monaten – zahlungsfähig bleibt.²

Bei der Fortbestehensprognose ist dem Geschäftsführer ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Insofern reichen bereits begründete Anhaltspunkte für das Bestehen einer positiven Prognose aus, um zulässigerweise den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. Für die Annahme einer positiven Fortbestehensprognose im Sinne von § 19 InsO ist dabei entscheidend, ob die Zahlungsfähigkeit nach den im Zeitpunkt der Beurteilung maßgeblichen Umständen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, also mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 %, erhalten bleibt. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit ist dabei nicht im Sinne eines statistischen Konzepts, sondern als komparative, nicht quantifizierbare Hypothesenwahrscheinlichkeit aufzufassen³. Im Vordergrund steht insoweit die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der der Unternehmensplanung bzw. des Unternehmenskonzeptes zugrundeliegenden Annahmen und Prämissen, die zum Zeitpunkt der Erstellung und Beurteilung der Fortbestehensprognose plausibel sein müssen. Die Beweislast für eine positive Fortbestehensprognose liegt im Haftungsprozess bei der Geschäftsführung.⁴

¹ BGH, Urteil vom 13.07.2021, Az. II ZR 84/20.

² OLG Köln, Urt. v. 05.02.2009, Az.: 18 U 171/07; K. Schmidt ZIP 2013, 485, 491, m.w.N.; Frystatzki, NZI 2011, S.176 m. w. N.; Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 m. w. N.; so auch das Institut der Wirtschaftsprüfer in: IDW S 6, Rd.-Nr. 85.

³ Mock in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Auflage, § 19 Rd.-Nr. 229.

⁴ BGH, Urt. v. 18.10.2010, Az.: II ZR 151/09; BGH, Urt. v. 27.04.2009, Az.: II ZR 253/07; BGH, Urt. v. 29.11.1999, Az.: II ZR 273/98; OLG Naumburg, Urt. v. 20.08.2003, Az.: 5 U 67/03; OLG Frankfurt, Urt. v. 20.03.2009, Az.: 10 U 148/03.



Sind insoweit Gesellschaftermittel in die Liquiditätsplanung eingestellt, ohne dass auf die Zahlung derselben mangels harter Patronatsklärung ein rechtsverbindlicher Anspruch besteht, muss der Geschäftsführer im Rahmen seiner Prognose abwägen und im späteren Streitfall auch substantiiert darlegen, warum er seinerzeit aus einer ex-ante-Sicht davon ausgegangen ist, der Gesellschafter werde die Mittel schon vollständig und rechtzeitig leisten.

2. Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 13. Juli 2021 (II ZR 84/20)

Der BGH führt in seiner oben zitierten Entscheidung insoweit klar aus, dass eine weiche Patronatsklärung als bloße Good-will-Erklärung nicht geeignet ist, eine rechnerische Überschuldung im Rahmen der Überschuldungsbilanz zu vermeiden, da anders als bei der harten Patronatsklärung die Ausstattungsverpflichtung mangels eines rechtsverbindlichen Anspruchs gegen den Patron nicht aktivierbar ist. Dies ist vor dem Hintergrund eines Vergleiches der (harten) Patronatsklärung mit der Rangrücktrittsvereinbarung als Vertrag zu Gunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB auch nachvollziehbar.⁵

Aber auch im Rahmen der Fortbestehensprognose soll die Geschäftsführung nach den Ausführungen des BGH – zumindest bei einem in der Krise befindlichen Unternehmen – auf Basis einer ausschließlich weichen Patronatsklärung nicht ohne weiteres ausgehen können, der Gesellschafter werde die zugesagten Mittel schon überwiegend wahrscheinlich zuführen. Zwar setzt die Berücksichtigung von Finanzierungsbeiträgen Dritter (und damit auch grundsätzlich solcher des Gesellschafters) im Rahmen der der Fortbestehensprognose zugrundeliegenden Ertrags- und Finanzplanung nicht zwingend voraus, dass diese rechtlich gesichert sind bzw. eine rechtsverbindliche Zusicherung gegeben ist; es kommt vielmehr darauf an, ob

und wann mit diesen überwiegend wahrscheinlich gerechnet werden kann. Fehlt es allerdings an einem rechtsverbindlich einklagbaren Anspruch, steht die Zahlung im Belieben des Dritten bzw. des Gesellschafters. Für den Gesellschafter soll diese in der Freiwilligkeit begründete Unsicherheit soll aber schon für sich ein wesentliches Indiz gegen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der künftigen Ausstattung der Gesellschaft durch den Gesellschafter darstellen, da er sich in der Krisensituation des Unternehmens bewusst dazu entschieden hat, kein eigenes Risiko zu übernehmen, um ggfs. später von seiner finanziellen Unterstützung doch noch kurzfristig Abstand nehmen zu können.⁶ In der Konsequenz soll dann auch die Tatsache, dass dem Unternehmen in der Vergangenheit umfangreich Gesellschaftermittel zur Verfügung gestellt wurden, nicht als valide Annahme für eine weitere Bereitstellung von Finanzmitteln herangezogen werden können.

3. Einschätzung und Fazit

Soweit die Bereitstellung von Gesellschaftermitteln für die „Durchfinanzierung“ des Prognosezeitraums erforderlich ist, wird man aus dem vergangenen Zahlungsverhalten des Gesellschafters nicht ohne weiteres darauf schließen können, dass der Gesellschafter auch zukünftig Zahlungen tatsächlich und rechtzeitig erbringen wird. Die Sanierungspraxis, die in den allermeisten Fällen auf Beiträge des Gesellschafters schon im frühen Stadium einer Sanierung angewiesen ist, wird das vor enorme Herausforderungen bei der Ableitung der Fortbestehensprognose stellen. Harte Patronatsklärungen bieten – die Werthaltigkeit eines sich hieraus ergebenden verbindlichen Ausstattungsanspruches gegen den Patron bzw. den Gesellschafter vorausgesetzt – insoweit zwar eine weitaus höhere Rechtssicherheit. Sie sind jedoch zu Beginn einer Sanierungsphase, insbesondere vor der Realisierung einer Gesamtfinanzierung auf Basis eines

⁵ Bitter, WuB 2021, 496, 497.

⁶ Bitter, WuB 2021, 496, 499.

schlüssigen und nachhaltigen Sanierungskonzeptes, üblicherweise nicht vom Gesellschafter zu erlangen. Das Haftungsrisiko trägt damit – wie immer – der Geschäftsführer. Wenngleich es keine gesetzliche Pflicht gibt, die Annahmen der eigenen Fortbestehensprognose zu dokumentieren, sind Geschäftsführer daher gut beraten, die schlüssigen Annahmen ihres Prognoseurteils vor allem in der Krise der Gesellschaft schriftlich niederzulegen und ggfs. von einem qualifizierten Berater zum Zwecke der Enthaftung überprüfen zu lassen. ■



Fristlose Kündigung und Internal Investigations – Stolperfallen der Zwei-Wochen-Frist



Dr. Constantin Axer
Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht



Mag. iur. Philipp Berger
Seitz Rechtsanwälte
Steuerberater PartG mbB

1. Einleitung

Schwarze Kassen, Kartellrechtsverstöße, Bilanzmanipulation, Untreue – bei Compliance-Verstößen liegt regelmäßig ein undurchsichtiges Netz vielfältiger Pflichtverletzungen durch eine Vielzahl von Beschäftigten und/oder Organen zugrunde. Solche Compliance-Sachverhalte sind gekennzeichnet davon, dass sie systematisch und über einen längeren Zeitraum auf Grundlage geheimer Absprachen und im Verborgenen gehaltenen Verhaltensweisen erfolgen. Wenn die Compliance-Verstöße erstmalig ans Licht kommen, stellt sich unweigerlich die Frage, ob und in welchem Zeitraum Dienst- oder Arbeitsverhältnisse der beteiligten Geschäftsführer bzw. Mitarbeiter gekündigt werden können.

Die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB steht dabei auf den ersten Blick im diametralen Gegensatz zu den erheblichen Anstrengungen, die unternehmensseitig erfolgen müssen, um das Geflecht der Compliance-Verstöße im Rahmen einer unternehmensinternen Untersuchung (sog. Internal Investigation) aufzudecken. Die Kernfrage, um zum entscheidenden Zeitpunkt als Geschäftsführer einer GmbH überhaupt noch die Möglichkeit zu haben, gegenüber dem Geschäftsführer der Tochtergesellschaft und/oder den eigenen Mitarbeitern eine außerordentliche fristlose Kündigung auszusprechen, dreht sich somit um den Zeitpunkt, in dem die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt. Die diesbezüglichen Eckpfeiler (und Stolperfallen) sollen anlässlich einer neueren, für die Praxis sehr wichtigen BAG-Entscheidung (BAG v. 05.05.2022 – 2 AZR 483/21 – NZA 2022, 1276) nachfolgend aufgezeigt werden.

2. Eckpfeiler der zweiwöchigen Kündigungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB

Soll eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gegenüber einem Geschäftsführer oder einem Angestellten ausgesprochen werden, muss dies innerhalb von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt erfolgen, in dem das kündigungsberechtigte Organ Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erlangt. Eine fristauslösende Kenntnis liegt insoweit vor, wenn der Kündigungsberechtigte zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis von denjenigen Tatsachen hat, die für eine Entscheidung über die Kündigung oder Fortsetzung des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses benötigt werden. Er muss diese Tatsachen positiv kennen. Eine grob fahrlässige Unkenntnis setzt die Kündigungsfrist noch nicht in Gang (siehe nur BAG v. 01.10.2020 – 2 AZR 238/20 – NZA 2020, 1639).

2.1 Wessen Kenntnis ist entscheidend?

a) Grundsatz

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, auf wessen Kenntnis es maßgeblich ankommt. Auf Basis des Vorstehenden ist dies der „Kündigungsberechtigte“. Wer zur Kündigung berechtigt ist, muss hingegen stets im Einzelfall untersucht werden.

Handelt es sich bei der Anstellungsgesellschaft um eine GmbH, ist für die Kündigung eines Arbeitnehmers grundsätzlich die Kenntnis des Geschäftsführers als kündigungsberechtigtem Organ entscheidend.

Neben dem Geschäftsführer sind aber in der Praxis regelmäßig auch weitere Personen zum Ausspruch einer Arbeitnehmer-Kündigung bevollmächtigt. Das kann beispielsweise (aufgrund gesetzlicher Vertretungsmacht) ein Prokurist sein oder der dazu bevollmächtigte Leiter der Personalabteilung. In der Praxis sind daher regelmäßig mehrere Personen zum Ausspruch einer Kündigung berechtigt. In diesem Fall ist es für den Beginn der Zwei-Wochen-Frist ausreichend, wenn eine dieser vertretungsberechtigten Personen Kenntnis von den kündigungsrelevanten Tatsachen erlangt. Das gilt selbst im Fall der nur gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis mehrerer Geschäftsführer.

Bei der Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers kommt es maßgeblich auf die Kenntniserlangung durch die Gesellschafterversammlung der GmbH an, da diese zur Kündigung des Geschäftsführers im Namen der Gesellschaft nach § 46 Nr. 5 GmbHG befugt ist. Bei mehreren Gesellschaftern reicht allerdings nicht die Kenntnis eines von ihnen aus; vielmehr löst erst die nach dem Zusammenritt erlangte Kenntnis der Gesellschafterversammlung von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen den Lauf der Ausschlussfrist aus (BGH v. 15.06.1998 – II ZR 318/96 – DStR 1998, 1101). Gleichwohl ist hier Vorsicht geboten: Kennt ein Mitglied des Gremiums die eine fristlose Kündigung tragenden Tatsachen, darf die Einberufung der Gesellschafterversammlung nicht unangemessen verzögert werden. Andernfalls muss sich die Gesellschaft mit Blick auf die Zwei-Wochen-Frist so behandeln lassen, als wäre die Gesellschafterversammlung rechtzeitig mit der billigerweise zumutbaren Beschleunigung einberufen worden.

b) Besonderheit bei Internal Investigations

Der Ablauf von und die Zuständigkeit für die Durchführung von Internal Investigations variieren je nach Unternehmensgröße und -struktur. In großen Konzernen bestehen häufig zentralisierte Abteilungen wie die Interne Revision oder die Compliance-Abteilung. Ermittlungen

werden daher häufig nicht durch den unmittelbar Kündigungsberechtigten, teils nicht einmal von der Anstellungsgesellschaft des betroffenen Arbeitnehmers bzw. Geschäftsführers vorgenommen, sondern von einer spezialisierten Abteilung der betroffenen oder einer anderen Konzerngesellschaft oder Externen wie Rechtsanwaltskanzleien oder Wirtschaftsprüfern.

Insoweit gilt zunächst der Grundsatz, dass die Kenntnis anderer Personen (als des Kündigungsberechtigten) grundsätzlich unbeachtlich ist. Dies gilt selbst dann, wenn ihnen Vorgesetzten- oder Aufsichtsfunktionen übertragen worden sind. Daraus folgt, dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht bereits zu laufen beginnt, wenn Mitarbeiter der Compliance-Abteilung oder des Ermittlungsteams Informationen über einen Sachverhalt erlangen, der einen wichtigen Grund zur Kündigung iSd § 626 Abs. 1 BGB darstellen könnte.

Dies hat das Bundesarbeitsgericht in der vorerwähnten kürzlich ergangenen Entscheidung für den Leiter der Compliance-Abteilung erfreulicherweise – entgegen der Vorinstanz – ausdrücklich bestätigt (vgl. BAG v. 05.05.2022 – 2 AZR 483/21 – NZA 2022, 1276).

Hieran anknüpfend führt die Kenntnis von Compliance-Verantwortlichen anderer Konzernunternehmen bzw. externen Beratern wie Rechtsanwälten oder Wirtschaftsprüfern von dem kündigungsrelevanten Sachverhalt erst recht nicht zum Beginn der Zwei-Wochen-Frist. Entscheidend ist vielmehr, wann und in welchem Umfang der konkret Kündigungsberechtigte über den Kündigungssachverhalt informiert wurde. Dies hat das vorgenannte Urteil in erfreulicher Deutlichkeit dadurch bestätigt, dass die Wissenszurechnungsnorm des § 166 BGB insoweit weder direkt noch analog für anwendbar erklärt wurde. Die Beauftragung der eigenen Compliance-Abteilung, gegebenenfalls unterstützt durch externe Berater und Rechtsanwälte, mit der Durchführung einer internen Ermittlung wirkt dementsprechend regelmäßig nicht fristauslösend.



2.2 Wie lange ist der Beginn der Frist durch die Sachverhaltsaufklärung gehemmt?

a) Grundsatz

Der Beginn der Frist des § 626 Abs. 2 BGB ist nach der ständigen Rechtsprechung gehemmt, solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Kündigungssachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen mit der gebotenen Eile durchführt. Die angemessene Dauer der Ermittlungen ist dabei abhängig vom Aufklärungsbedarf im Einzelfall.

b) Besonderheit bei Internal Investigations

Eine rechtssichere Bestimmung des Beginns der Frist ist allein auf Basis dieser Formulierung bei unternehmensinternen Untersuchungen, die einen komplexen Sachverhalt zum Gegenstand haben und sich über viele Monate erstrecken, hingegen nur sehr schwer möglich.

Dabei beginnt auch in einfach gelagerten Fällen die Kündigungsfrist oft nicht schon dann, wenn der Arbeitgeber von dem Sachverhalt erfährt, in dem die objektive Pflichtverletzung des zu kündigenden Arbeitnehmers liegt. Denn zu den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen gehören sämtliche Einzelfallumstände, die für die Bewertung der Schwere der Pflichtverletzung, die negative Zukunftsprognose und die Angemessenheit der außerordentlichen Kündigung von Bedeutung sind. Wenn bei komplexen Sachverhalten sehr aufwendige unternehmensinterne Ermittlungen durchgeführt werden müssen, muss sich der Zeitraum, der der Anstellungsgesellschaft zur Durchführung der Ermittlungen zur Verfügung steht, gebührend verlängern.

Erfreulicherweise hat sich das BAG in der jüngst ergangenen Entscheidung in diesem Zusammenhang zu der Frage geäußert, ob der Kündigungsberechtigte die Pflichtverletzungen eines einzelnen

Beteiligten im Hinblick auf die Frist des § 626 Abs. 2 BGB isoliert betrachten muss oder ob abgewartet werden darf, bis auch die Pflichtverletzungen anderer Beteiligter aufgeklärt sind. Hierzu hat das BAG ausgeführt, dass es für die Kündigungsentscheidung regelmäßig erforderlich sei, die Mitwirkungsanteile der betroffenen Mitarbeiter und ihre Rolle im Verhältnis zueinander zu kennen.

2.3 Ausblick

Gleichwohl darf das Urteil des BAG nicht als Freifahrtschein verstanden werden. Zögerliche Compliance-Untersuchungen gilt es weiterhin zu verhindern. Wie schnell dies als eine treuwidrige Verletzung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Absatz 2 BGB gewertet werden kann, demonstriert – trotz der letztendlich erfolgten Aufhebung – die Entscheidung der Vorinstanz. Auch in Zukunft sollten Internal Investigations daher möglichst zeitnah und effizient durchgeführt werden. Zudem müssen die Arbeitsabläufe in der Compliance-Abteilung so festgelegt werden, dass hierdurch der Informationsfluss nicht zielgerichtet verhindert oder zumindest in einer mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Weise behindert wird.

Überdies hat das BAG bereits klargestellt, dass das Erkenntnisinteresse von der Anstellungsgesellschaft nicht selbst vorgegeben werden kann, weil Ermittlungen jenseits der entscheidenden Identifikation und Gewichtung bereits begangener Pflichtverstöße (z. B. zwecks Verfolgung unternehmensbezogener Ziele wie z. B. Prävention) nicht fristhemmend wirken.

Auch der Umstand, dass das BAG bei einer Verstrickung mehrerer Personen das Interesse der Gesellschaft anerkennt, die Mitwirkungsanteile der einzelnen Beteiligten vor Ausspruch einer Kündigung aufarbeiten zu dürfen, bietet nur eine trügerische Sicherheit, wenn hinsichtlich einzelner Beteiligter bereits klar ist, dass diese eine nicht nur untergeordnete Rolle im Gesamtkomplex wahrgenommen haben.

Zu warnen ist darüber hinaus vor der Erstattung von Zwischenberichten. Dabei besteht häufig die Schwierigkeit, dass das kündigungsrechtliche Organ während der laufenden Ermittlungen regelmäßig Updates verlangt, um das Ausmaß möglicher Rechtsverstöße und damit einhergehender Schäden – sowohl finanzieller Art als auch für die Unternehmensreputation – absehen zu können. Die Risiken solcher Zwischenberichte sind gerade im Hinblick auf die Zwei-Wochen-Frist indes erheblich, wie

bereits mehrere Entscheidungen gezeigt haben (vgl. LAG Hamm v. 15.07.2014 – 7 Sa 94/14 – BeckRS 2014, 71879 und BAG v. 05.5.2022, a.a.O.), so dass von Zwischenberichten tendenziell abzuraten ist, weil die Gesellschaft nach jedem Zwischenbericht die Darlegungs- und Beweislast trägt, dass ihr noch die Kenntnis von einzelnen Umständen fehlte, ohne deren Aufklärung die Kündigungsentscheidung (noch) nicht getroffen werden konnte. Das Risiko einer nachträglichen abweichenden Bewertung durch ein Gericht ist insoweit offensichtlich.

Auch wenn das Urteil des BAG einige wichtige Fragen geklärt hat und für gewisse Erleichterung bei Geschäftsführern, Compliance-Beauftragten und Personalverantwortlichen gesorgt haben dürfte, wird man bei Internal Investigation Prozessen auch in Zukunft größtmögliche Sorgfalt walten lassen müssen, um den Verlust von Kündigungsrechten nicht aufgrund von Fristverlust zu riskieren. ■



Haftung des GmbH-Geschäftsführers für ein fehlendes Compliance Management System



Matthias W. Kroll, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Fachanwalt für Versicherungsrecht,
Dr. Nietsch & Kroll
Rechtsanwälte Fachanwälte

In einem aktuellen Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg¹ hat sich das Gericht ausführlich mit den Sorgfaltspflichten von Geschäftsführenden und der Verpflichtung zur Einrichtung eines Compliance-Managementsystems beschäftigt. Hintergrund war, dass die Gesellschaft gegen den Geschäftsführer wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Schädigung der Gesellschaft einen signifikanten sechsstelligen Schadensersatz geltend gemacht hatte.

I. § 34 Abs. 2 GmbHG als Grundlage für den Schadensersatzanspruch

Geschäftsführende haften nach § 34 Abs. 2 GmbHG bei der Verletzung von Obliegenheiten der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob – wie im vorliegenden Fall – der Geschäftsführende mit der Gesellschaft in Form einer GmbH & Co.KG einen Anstellungsvertrag unterhält, sondern „nur“ mit der Komplementär-GmbH. Das Gericht knüpfte hierbei für die Haftung des Geschäftsführenden unmittelbar an die Verletzung der Pflichten aus einem organschaftlichen Sonderrechtsverhältnis an. Das Vorliegen eines Geschäftsführeranstellungsvertrages ist davon ausdrücklich nicht abhängig.

Der Maßstab für die sich aus § 34 Abs. 2 GmbHG ergebende Haftung für Verletzung von Geschäftsführerpflichten ist die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsführenden nach § 43 Abs. 1 GmbHG. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass der Geschäftsführende den Gesellschaftszweck möglichst effektiv verfolgen muss². Dies hängt von mehreren Faktoren ab:

So geht es einerseits um die Art, die Größe und auch die wirtschaftliche Situation des Unternehmens. Andererseits hat der Geschäftsführende den Umfang, die Bedeutung und auch die Auswirkungen der konkreten Maßnahmen seiner Geschäftsführung zu berücksichtigen. Ausdrücklich unerheblich sind demgegenüber persönliche Merkmale des Geschäftsführenden, wie etwa eine fehlende Erfahrung, die eigene Unkenntnis oder z. B. auch eine außergewöhnliche Arbeitsbelastung.

Das Gericht hatte in der Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsführenden umfasst, eine interne Organisationsstruktur im Unternehmen aufzubauen und zu unterhalten, welche die Rechtsmäßigkeit und Effizienz des Handelns des Geschäftsführenden gewährleistet. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Geschäftsführende nicht alle Maßnahmen selbst beschließt und durchführt.

Aus dieser grundsätzlichen Sorgfaltspflicht konkretisieren sich mehrere sogenannte „Unternehmensorganisationspflichten“: So musste der Geschäftsführende das von ihm geführte Unternehmen dergestalt organisieren und strukturieren, dass er jederzeit Überblick über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens hat. Voraussetzung hierfür ist ein Überwachungssystem, mit dem Risiken für den Fortbestand des Unternehmens erfasst und kontrolliert werden können.

¹ OLG Nürnberg, Urteil vom 30.03.2022 - 12 U 1520/19

² OLG München, Endurteil vom 08.02.2018 - 23 U 2913/17 m.w.N.



II. Einrichtung einer Compliance-Struktur als zwingende Verpflichtung des Geschäftsführenden

Die Entscheidung des OLG Nürnberg macht folgendes deutlich: Aus der vorgenannten Legalitätspflicht ergibt sich **zwingend** für den Geschäftsführenden eines Unternehmens jedweder Größe die grundsätzliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Compliance Management Systems. Der Geschäftsführende muss also organisatorische Vorkehrungen treffen, durch welche die Begehung von Rechtsverstößen verhindert werden. Der Geschäftsführende muss den Geschäftsgang so überwachen oder auch überwachen lassen, dass er im Rahmen eines üblichen Geschäftsganges mit einer ordnungsgemäßen Erledigung der Geschäfte rechnen kann. Wenn sich Anhaltspunkte für etwaige Fehlverhalten zeigen, muss er sofort eingreifen.

Hier setzt das Urteil des OLG Nürnberg an: Das Gericht geht bereits dann von einer Verpflichtung des Geschäftsführenden aus, wenn er durch eine unzureichende Organisation, Anleitung bzw. Kontrolle Mitarbeitenden ermöglicht oder es selbst auch nur erleichtert, Straftaten oder sonstige Fehlverhalten zu begehen.

Ergeben sich nämlich Verdachtsmomente für Straftaten oder sonstiges Fehlverhalten der Mitarbeitenden, muss der Geschäftsführer diesen Verdachtsmomenten umgehend nachgehen. Es entspricht gängiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass er als Geschäftsführender geeignete und organisatorische Vorkehrungen treffen muss, um Pflichtverletzungen von Unternehmensangehörigen zu verhindern³.

³ BGH, Urteil vom 08.10.1984 – II ZR 175/83.

III. Kontrolle als Gegenstand der Überwachungspflicht

In dem konkreten Sachverhalt der Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg sah es das Gericht als Pflichtverletzung an, dass der beklagte Geschäftsführer es unterlassen hatte, im Rahmen der internen Unternehmensorganisation Compliance-Strukturen zu schaffen, die ein rechtmäßiges effektives Handeln gewährleisten und durch die insbesondere die Begehung von Rechtsverstößen durch die Gesellschaft und deren Mitarbeiter verhindert werden kann.

Das Gericht stellte ferner fest, dass zu dieser Überwachungspflicht eine hinreichende Kontrolle gehört. Diese darf nicht erst dann einsetzen, wenn der Geschäftsführer Missstände im Unternehmen entdeckt hat. Vielmehr ergibt sich die Intensität der Überwachung aus der Gefahrgeneignetheit der Tätigkeit und dem Umfang der zu beachtenden Vorschriften. Der Geschäftsführende muss also das Unternehmen regelmäßig so beaufsichtigen, dass die Begehung von Rechtsverstößen auch ohne eine ständige, direkte Überwachung unterbleiben.

Dies setzt folgendes voraus:

Der Geschäftsführende muss sicherstellen, dass stichprobenartige, überraschende Überprüfungen erfolgen, durch die den Mitarbeitenden aufgezeigt wird, dass mögliche Verstöße entdeckt und auch geahndet werden können. Wenn der Geschäftsführende zu dem Ergebnis kommt, dass solche stichprobenartigen Kontrollen nicht ausreichen, um die vorgenannte Wirkung bei den Mitarbeitenden zu



erzielen, so muss er andere Aufsichtsmaßnahmen einrichten, die dies sicherstellen und objektiv zumutbar sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn bereits in der Vergangenheit in dem Unternehmen Unregelmäßigkeiten vorgekommen sind. In diesem Falle muss der Geschäftsführende sinnvollerweise von intensiveren Aufsichtsmaßnahmen ausgehen, was seine Überwachungspflicht erhöht.

Der Geschäftsführende kann sich im Übrigen nicht vollständig dadurch exkulpieren, dass er seine Überwachungsaufgaben an Dritte delegiert. Eine Delegation ist zwar grundsätzlich möglich. Trotzdem verbleibt die sogenannte „Oberaufsicht“ bei dem Geschäftsführenden.

IV. Zusammenfassung

In dem vom Oberlandesgericht Nürnberg entschiedenen Fall wurde dem beklagten Geschäftsführer konkret vorgeworfen, dass er es unterlassen hatte, durch stichprobenartige Kontrollen Fehlverhalten seiner Mitarbeitenden zu unterbinden. Er hatte insoweit keine stichprobenartigen Kontrollen

durchgeführt. Er hatte es ferner versäumt, seine Mitarbeitenden in Compliance-Themen zu schulen und Mitteilungs-, Berichts- und Dokumentationspflichten einzuführen.

Zudem hatte er versäumt, ein Vier-Augen-Prinzip als präventive Kontrolle einzuführen, mit dem das Risiko von Fehlern und Missbrauch reduziert werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist die Verurteilung des Geschäftsführenden zu einem hohen Schadensersatzbetrag nicht überraschend: Die Rechtsprechung zu § 43 GmbHG hat sich in den vergangenen Jahren dergestalt entwickelt, dass die Gerichte die Einführung eines Compliance-Managementsystems zur präventiven Erfüllung der Legalitäts- und Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers als unabdingbar ansehen. Die aktuelle Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg hat dies noch einmal in den Fokus gerückt. Daher kann Geschäftsführenden von GmbHs jedweder Größe und Struktur nur dringend angeraten werden, sich mit dem Thema Compliance – auch im Mittelstand – zu beschäftigen, um das eigene persönliche Haftungsrisiko zu verringern bzw. bestmöglich auszuschließen. ■



Cash Management 360 – holistisches Cash Management als Anker in volatilen Zeiten



Dr. Henning Syllwasschy
Partner



Christian Müller
Manager, FTI-Andersch

Cash Management gewinnt in volatilen Zeiten zunehmend an Bedeutung, insbesondere zur Vermeidung von Haftungsrisiken der Geschäftsführung. Der holistische Ansatz Cash Management 360 geht darüber hinaus und implementiert Cash Management tief in der Unternehmenssteuerung, um Kapital freizusetzen und Freiräume für Wachstum zu schaffen.

Das Jahr 2022 war von großer Unsicherheit und Instabilität geprägt. Neben anhaltenden Auswirkungen der COVID-19-Pandemie wie etwa gestörten Lieferketten trug seit Februar insbesondere der Krieg in der Ukraine und die daraus folgende Energiepreiskrise zu dieser Entwicklung bei. Die Inflationsraten stiegen im Laufe des Jahres stark an und Zentralbanken reagierten nach einer Dekade des Niedrigzinses rund um den Globus mit signifikanten Zinserhöhungen.

Der toxische Cocktail aus erhöhten Rohstoff- und Energiekosten, gesunkener Nachfrage und gestiegenen Refinanzierungskosten ist für zahlreiche Unternehmen schwer bekömmlich: Der Begriff „Krise“ ist allgegenwärtig, auch im Jahr 2023.

Geschäftsführer einer GmbH stehen daher vor der Herausforderung, die eigene Liquidität im Blick zu behalten und eng zu steuern. Dies besitzt nicht nur aus wirtschaftlicher Sicht, sondern insbesondere auch aus haftungsrechtlichen Gründen eine erhöhte Relevanz. Gerade in solch volatilen Zeiten sollte stringentes und ganzheitliches **Cash Management als Anker** fungieren. Ein holistischer und tief in der Unternehmenssteuerung implementierter Cash Management-Ansatz bietet Möglichkeiten, das Unternehmen als Gesamtheit zu steuern und optimieren.

Der von FTI-Andersch entwickelte **Cash Management 360-Ansatz** wurde bereits häufig erfolgreich in der Praxis implementiert und verfolgt dabei folgende Ziele:

- Erhöhung der Planungssicherheit sowie Mitigation von Haftungsrisiken
- Reduzierung der Kapitalbindung im Unternehmen
- Finanzierung von Wachstum und Schaffung von Handlungsspielräumen

Zur Maximierung des Effektes betrachtet Cash Management 360 alle liquiditätsrelevanten Prozesse entlang der gesamten Wertschöpfungskette und des Cash Conversion Cycles. Die **Optimierung der Auszahlungsseite** umfasst die folgenden Maßnahmen:

- Der **Materialeinkauf** kann kurzfristig durch viele kommerzielle Hebel optimiert werden, wie z. B. eine Verlängerung der Zahlungsziele, die Konsolidierung von Lieferanten oder das Best Cost Country Sourcing. Einen zukunftssträchtigen weiteren Ansatz aufgrund der Berücksichtigung von Lieferketten und ESG stellt das Near Sourcing dar. Eher mittelfristig wirken Optimierungen im Bereich der Nachfrage- und Prozesshebel. Diese beinhalten eine Bedarfskontrolle und -eliminierung zur Minimierung von Kosten sowie ein aktives Bedarfsmanagement, insbesondere im Hinblick auf Lagerbestände und die Vermeidung von Abfallprodukten.
- Die Analyse und Verbesserung der unternehmensinternen **Produktions- und Logistikprozesse** sind ein wesentlicher Bestandteil einer erfolgreichen Unternehmensführung. Durch die Analyse bestehender Prozesse mithilfe von Tools wie Process

Mining können nicht nur interne Logistikkosten gesenkt werden, sondern auch die Effizienz in der Produktion erhöht werden. Zu den möglichen Maßnahmen zählt die Optimierung der Batch-Größen sowie der Einsatz von Verfahren zur Produktionsplanung und -steuerung (ERP-Systeme). Darüber hinaus umfasst Cash Management 360 Maßnahmen zur Optimierung des Vorratsbestandes, um gebundenes Kapital freizusetzen und somit die Liquidität zu stärken.

- Um eine **optimale Personalauslastung** zu erreichen ist die effiziente Steuerung sowie die Einsatzplanung von Arbeitskräften essentiell. Ein wichtiger Faktor ist in diesem Rahmen die Nutzung der Erkenntnisse aus der Produktions- und Logistikanalyse. Unter Berücksichtigung der spezifischen Prozessanforderungen und des tatsächlichen Arbeitskräftebedarfs kann etwa die Nutzung von Leih- und Zeitarbeitern optimiert werden. Eine optimierte Personalauslastung führt zu einer effektiven Gestaltung der Betriebsabläufe und folglich zu einer Verbesserung des Betriebsergebnisses. Kontinuierliches Auslastungs-Monitoring hilft dabei, die Ergebnisse zu messen und die Effizienz des Personaleinsatzes zu überprüfen.
- Durch eine Analyse der Kostenstellen eines Unternehmens und insbesondere der zugehörigen Primärkosten ist es möglich, nicht betriebsnotwendige Kosten zu verringern oder vollumfänglich zu eliminieren. Ausgehend von einer gründlichen Untersuchung aller Kostenstellen des Unternehmens können somit gezielt **Sachkosten reduziert** werden.

Alle vorhandenen und geplanten Investitionsmaßnahmen sollten sorgfältig untersucht werden, um zu überprüfen, ob sie unternehmerisch notwendig sind und ihre geplante Rendite der Zielsetzung (oder Erwartung) entspricht. Daraufhin sollten die **Kosten für Erhaltungs- und Ersatzinvestitionen** optimiert werden, wobei die langfristige Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens jedoch nicht beeinträchtigt werden darf.

- Durch eine umfassende **Prüfung der bestehenden Leasing- und Finanzierungsverträge** können mögliche Optimierungsmöglichkeiten aufgedeckt und Einsparpotenziale erkannt werden. Darüber hinaus kann eine Zinshedging-Strategie, die das Unternehmen vor weiter steigenden Zinsen schützt, die Planungssicherheit erhöhen und das unternehmerische Risiko verringern.

Die **Optimierung der Einzahlungsseite** umfasst die folgenden Maßnahmen:

- Durch eine ausführliche **Analyse der Vertriebsstrukturen** und einer nachfolgenden, angepassten Optimierung kann sichergestellt werden, dass sowohl die Verkäufe steigen als auch ein Fokus auf besonders profitable und hochpreisige Produkte und Dienstleistungen gelegt werden kann.
- In Zeiten der Unsicherheit, die durch den zunehmend volatilen Energie- und Rohstoffmarkt bedingt ist, ist die Durchführung von **Preisanpassungen und -nachverhandlungen** für Unternehmen von größter Bedeutung. Durch solche Anpassungen können die bei Unternehmen entstandenen Mehrkosten, die durch steigende Preise beim Einkauf von Materialien und der Produktion entstehen, an die Kunden weitergegeben werden. Eine sorgfältige und vorausschauende Gestaltung der Preisanpassungen und -nachverhandlungen ist folglich für einen nachhaltigen Unternehmenserfolg unerlässlich.
- Durch eine **Optimierung der Outbound-Logistik** können sowohl Kosten als auch die Effizienz unter Berücksichtigung der Lieferzeiten eingespart werden. Dies wird neben der Reduzierung von Logistikkosten insbesondere durch die Verkürzung von Latenzzeiten der Lieferungen und daraus resultierende schnellere Lieferungen ermöglicht. Verkürzte Lieferzeiten können einen entscheidenden Einfluss auf die Kundenzufriedenheit haben.
- **Stringentes Debitorenmanagement** kann sowohl das Working Capital reduzieren als auch das Forderungsausfallrisiko verringern.





Im Rahmen des Debitorenmanagements sollte sichergestellt werden, dass Rechnungen rechtzeitig gestellt werden, im Anschluss eine Überwachung der Zahlung erfolgt sowie im Verzugsfall frühzeitig Mahnungen erstellt werden. Durch eine effiziente Rechnungsverfolgung und Überwachung können somit das Working Capital reduziert und das Forderungsausfallrisiko minimiert werden.

Ein solch **ganzheitlicher Ansatz**, der sowohl Maßnahmen auf der Auszahlungs- als auch auf der Einzahlungsseite umfasst, erscheint zunächst komplex. Im Rahmen der Implementierung eines Cash Managements bedeutet dies jedoch nur einen **überschaubaren Zusatzaufwand**, da zur belastbaren Prognose der Liquiditätsentwicklung ohnehin alle Teilbereiche analysiert werden sollten.

Die Vorteile eines Optimierungsansatzes, der seinen Analyseursprung in einer Cash-Sicht hat, enden hier nicht – die Erfolge der ergriffenen Maßnahmen können durch die Verwendung der **Liquidität als zentrale Leistungskennzahl** transparent überwacht und effizient gesteuert werden. Die regelmäßige Erörterung der Liquiditätsentwicklung, z. B. im Rahmen eines **Cash Desks**, kann durch die Berichterstattung über die Maßnahmen ergänzt werden, um die Wirksamkeit der Initiativen strukturiert nachzuvollziehen. Die regelmäßige Auseinandersetzung und strukturelle Nachverfolgung der Initiativen mündet somit in einem kontinuierlichen Verbesserungsprozess.

Cash Management 360 als holistischer Ansatz erhöht die Belastbarkeit der Liquiditätsplanung, identifiziert und hebt Potenziale und bietet so über die Vermeidung von Haftungsrisiken hinaus einen verlässlichen Anker in volatilen Zeiten. ■

Compliance-Management als Sorgfalts- und Leitungspflicht der GmbH-Geschäftsführung

Zum Urteil des OLG Nürnberg vom 30.03.2022 – 12 U 1520/19



Nicole Willms
Rechtsanwältin, Partnerin
POHLMANN & COMPANY



Carola Stark
Rechtsanwältin, Fachanwältin für
Handels- und Gesellschaftsrecht,
Counsel
POHLMANN & COMPANY

Das Thema Compliance hat in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen und ist in den Reigen der Management- und Aufsichtsgremien spätestens seit der Siemens-Affäre nicht mehr wegzudenken. Längst sehen sich nicht mehr nur internationale börsennotierte Konzerne mit dem Erfordernis eines angemessenen und wirksamen Compliance Management Systems (CMS) konfrontiert. Auch Geschäftsführungen und Aufsichtsräte mittelständischer und kleinerer Unternehmen müssen sich zunehmend mit der Frage nach Compliance-Pflichten und deren konkretem Umfang befassen. Das Geflecht sanktionsbewährter Unternehmensregulierung wird zunehmend engmaschiger und auch mit der Einführung eines „echten“ Unternehmensstrafrechts ist nach wie vor zu rechnen. Neben einer möglichen strafrechtlichen Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit sind für Geschäftsleiter vor allem die Legalitäts- und Compliance-Organisationspflichten zum Schutz der eigenen Gesellschaft und deren Vermögenwerten in den Fokus gerückt, insbesondere wenn es um das Fehlverhalten der eigenen Mitarbeiter geht.

OLG Nürnberg konkretisiert Anforderungen an Compliance-Management

Vor der Entscheidung des OLG Nürnberg galt lange Zeit die Entscheidung des LG München I „Siemens/Neubürger“ (Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10) als maßgeblicher gerichtlich verprobter Anhaltspunkt für die Frage der Haftung von Gesellschaftsorganen für Compliance-Verstöße. Das LG München I hatte sich damals im Lichte des internationalen Siemens Korruptions- und Schwarzgeldskandals mit der Ausgestaltung von Compliance Management

Systemen und hiermit einhergehenden Organisationspflichten des Vorstandes einer Aktiengesellschaft auseinandergesetzt. Nun hat sich auch das OLG Nürnberg als erstes Oberlandesgericht mit dem Umfang der Sorgfalts- und Leistungspflichten eines GmbH-Geschäftsführers im Zusammenhang mit den Anforderungen an ein CMS befasst und ausdrücklich bestätigt, dass aus der allgemeinen Legalitätspflicht des Geschäftsführers eine Pflicht zur Errichtung eines CMS erwächst.

Der Sachverhalt

Konkret ging es in der Entscheidung des OLG Nürnberg um Schadensersatzansprüche einer im Mineralölhandel tätigen Kommanditgesellschaft (KG) gegen den Geschäftsführer ihrer Komplementärs-GmbH. Die klagende KG gab Tankkarten an ihre Großkunden aus, mit denen diese bargeldlos und auf Kredit bei den Tankstellen der Klägerin Kraftstoff tanken konnten. Ein langjähriger Mitarbeiter der KG hatte einigen Großkunden die vertragswidrige Überziehung ihres mit den Tankkarten eingeräumten Kreditlimits ermöglicht, indem er Geschäftsvorgänge in der Abrechnungssoftware bewusst falsch zordnete, Rechnungen umadressierte und Beschwerdevorgänge an sich zog. All dies war dem beklagten Geschäftsführer nicht aufgefallen, auch weil bei der Tankkartenausgabe und -verwaltung entgegen vorausgegangener Beschlüsse des Beirats der KG das Vier-Augen-Prinzip nicht eingehalten wurde. Als die Untreuehandlungen des Mitarbeiters schließlich ans Licht kamen, hatte sich bei der Klägerin bereits ein Schaden in Höhe von mehreren hunderttausend Euro materialisiert. Diesen wollte die KG vom Geschäftsführer ihrer Komplementärs-GmbH ersetzt haben. Das LG Nürnberg-Fürth hatte

der Klage der KG im Wesentlichen stattgeben. Auf die Berufung des Beklagten hin bestätigte das OLG Nürnberg die Entscheidung des LG in den wesentlichen Punkten.

Die Kernaussagen der OLG-Entscheidung

Im Einzelnen sind dem Urteil die folgenden Kernaussagen zu entnehmen:

- **Pflicht zur Einrichtung eines CMS:** Die Geschäftsführung muss im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht *„organisatorische Vorkehrungen [treffen], die die Begehung von Rechtsverstößen durch die Gesellschaft oder deren Mitarbeiter verhindern“*. Der hierbei grundsätzlich zustehende Ermessensspielraum (Business Judgment Rule) wird überschritten, wenn *„aus der Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes das hohe Risiko eines Schadens unabweisbar ist und keine vernünftigen geschäftlichen Gründe dafür sprechen, es dennoch einzugehen“*.
- **Pflicht zur Unternehmenskontrolle:** Die Intensität der erforderlichen Unternehmenskontrolle beurteilt sich nach Gefahr-

geneigtheit und Relevanz der maßgeblichen Vorschriften und der objektiven Zumutbarkeit der Aufsichtsmaßnahmen. Erforderlich, aber in aller Regel auch ausreichend sollen stichprobenartige Prüfungen sein, wenn sie den Mitarbeitern ein gewisses Kontrollniveau und eine entsprechende Entdeckungswahrscheinlichkeit vor Augen führen. Anhaltspunkte für Fehlverhalten sind unverzüglich zu untersuchen. Eine gesteigerte Überwachungspflicht besteht, soweit in der Vergangenheit bereits Unregelmäßigkeiten im Unternehmen vorgekommen sind.

- **Überwachung der Überwacher:** Delegiert die Geschäftsführung ihre Compliance-Pflichten auf nachgeordnete Mitarbeiter, z. B. aus der Compliance-, Rechts- oder Revisionsfunktion, reduziert sich die Überwachungspflicht auf die ihr hierbei unmittelbar unterstellten Mitarbeiter und deren Führungs- und Überwachungsverhalten. Die Letztverantwortung verbleibt dabei stets bei der Geschäftsführung.
- **Anerkannte Kontrollverfahren:** Verstöße gegen in der Branche anerkannte Organisationsstandards wie z. B. das Vier-Augen-Prinzip begründen in der Regel einen Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht. Ein solcher Organisationsstandard darf dabei nicht nur intern niedergeschrieben sein, sondern muss auch

konkret durchgesetzt und überwacht werden. Findet sich für die praktische Umsetzung und Kontrolle kein geeignetes Personal, muss die Geschäftsführung diese Aufgabe selbst übernehmen.

- **Beweislastumkehr zu Lasten der Geschäftsführung:** Im Fall der Fälle muss die Geschäftsführung darlegen und ggf. beweisen, dass sie ihren Sorgfaltspflichten nachgekommen ist und sie kein Verschulden trifft, oder der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre. Nur die Geschäftsführung selbst kennt die konkreten Umstände ihres Verhaltens, während die von ihr geführte Gesellschaft in diesem Punkt stets in Beweisnot gerät.

Wichtige Konsequenzen des Urteils für die Geschäftsführungs-Praxis

Die Entscheidung des OLG Nürnberg macht deutlich, dass die intensive Auseinandersetzung mit Compliance-Sorgfaltspflichten nicht nur für internationale Konzerne, sondern gerade auch für mittelständische Unternehmen und ihre Geschäftsführungsorgane unumgänglich ist. Aus den ausdrücklich formulierten Anforderungen des OLG lassen sich die folgenden wesentlichen Maßgaben für die Praxis ableiten:

- Art und Umfang von Compliance Management und Kontrolle unterliegen dem Ermessen der Geschäftsleitung. Eine pflichtgemäße Ermessenausübung setzt dabei stets die Kenntnis und Adressierung der tatsächlichen Risikosituation des Unternehmens voraus. Die **Compliance-Risikoanalyse** bildet daher **stets die Ausgangsbasis** für die Etablierung und Aufrechterhaltung eines effektiven CMS.
- Neben stichprobenartigen Prüfungen gehört auch die **qualifizierte Untersuchung und Aufklärung von möglichem Fehlverhalten** zum Pflichtenkanon der Geschäftsführung. Die neuen Regelungen zum Hinweisgeberschutz sind eine ernstzunehmende Herausforderung, gerade auch für mittelständische Unternehmen, deren Organisationen oftmals (noch) nicht über die Erfahrung und notwendige Expertise im Umgang mit internen Untersuchungen verfügen.
- Letztverantwortung der Geschäftsführung bedeutet nicht nur Kontrolle des nachgeordneten Mitarbeiters. Die **Auswahl der richtigen Personen, umfassende Information und hinreichende Qualifizierung und Befähigung** – auch durch Budget und (zeitliche) Ressourcen – sind die Voraussetzungen für eine wirksame Compliance-Delegation und mögliche Enthaltung. Reine Lippenbekenntnisse

und formale Stellenbeschreibungen sind hingegen unzureichend.

- Ein CMS darf keinesfalls nur auf Papier verfasst, sondern muss auch in die Tat umgesetzt werden. Tatsächlich muss sich die Geschäftsführung regelmäßig einen Eindruck davon verschaffen, ob das CMS in der Unternehmenspraxis auch funktioniert – hierfür ist ein **angemessenes Monitoring und regelmäßiges (Selbst-) Testing** unverzichtbar.

Und: Auch nachträgliche Compliance-Maßnahmen lohnen sich

Die beruhigende Nachricht ist: Es ist nie zu spät anzufangen! Auch das reflektieren Gesetzgebung und Rechtsprechung mittlerweile deutlich. So gilt bereits seit Novellierung des deutschen Kartellrechts im Januar 2021 für Kartellrechtsverstöße die Möglichkeit zur sog. **Compliance-Defense**, mit deren Hilfe Unternehmen etwaige Bußgeldzahlungen für wettbewerbsrechtliche Verstöße verringern können (§ 81d GWB). Darüber hinaus hat auch der BGH im April 2022 ausdrücklich bestätigt, dass bei der Bußgeldbemessung nach §§ 30, 130 OWiG wegen Verstoßes gegen die der Geschäftsleitung erwachsenden Leitungs-, Koordina-

tions-, Organisations- und Kontrollpflichten Compliance-Maßnahmen zur „Selbstreinigung“ und die Einführung eines Hinweisgebersystems bußgeldmindernd berücksichtigt werden dürfen (BGH, Beschluss vom 27. April 2022 – 5 StR 278/21).

Fazit

Das Urteil des OLG Nürnberg macht unmissverständlich deutlich, dass ein angemessenes und effektives CMS zum Kern der Geschäftsführungspflichten gehört und Unternehmensleiter sich intensiv mit der Ausgestaltung, Kontrolle und Fortentwicklung der eigenen Compliance-Organisation beschäftigen müssen. Ansonsten kann es zivil- wie strafrechtlich ausgesprochen teuer werden. Tatsächlich gilt es im Fall der Fälle eine individuell angemessene und tatsächlich gelebte Compliance-Praxis darlegen zu können. Ein derart effektives CMS entsteht nicht auf Knopfdruck und wird auch nicht in Perfektion verlangt – gefordert werden aber ein verantwortungsvolles Risikobewusstsein, ernstgemeinte Mitigationsbestrebungen und -maßnahmen, ein kritisches Hinterfragen und eine kontinuierliche Weiterentwicklung anhand der tatsächlichen Unternehmensbedürfnisse. Jetzt ist der Zeitpunkt, dies strategisch in Angriff zu nehmen. ■



Vertragliche Haftungsausschlüsse – Worauf Geschäftsführer achten sollten



Dr. Tobias Grau
Rechtsanwalt | Partner



Simon C. Kirchner
Rechtsanwalt | Senior Associate ,
CMS Hasche Sigle Partnerschaft
von Rechtsanwälten und
Steuerberatern mbB

I. Einleitung

Unternehmen unterliegen ständigem Wandel. Geschäftsführer passen ihr Unternehmen daher stets an neue Gegebenheiten an. Dazu gehört, Unternehmen(steile) abzuspalten, zu veräußern, zu erwerben oder Joint Ventures einzugehen. Mögliche Motive hierfür sind die Expansion des Unternehmens oder die Erschließung neuer Märkte, auch um konkurrenzfähig zu bleiben. Insbesondere Letzteres kann ein Abstoßen von nicht lukrativen oder strategisch nicht mehr passenden Unternehmen(steilen) erfordern. Dabei möchte der veräußerungswillige Geschäftsführer möglichst weitgehende Haftungsausschlüsse vereinbaren.

Dieser Beitrag zeigt die Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Haftungsausschlüsse auf und beleuchtet, welche Fallstricke bestehen und worauf ein Geschäftsführer besonders achten sollte.

II. Haftungsausschlüsse im Unternehmenskaufvertrag

Das gesetzliche Gewährleistungsrecht ist für eine Risikoallokation bei M&A-Transaktionen konzeptuell unpassend. Die Vertragsparteien vereinbaren daher ein eigenständiges Haftungsregime mit maßgeschneiderten Garantien und Haftungsausschlüssen.

Meist werden verschuldensunabhängige Garantien vereinbart. Dann muss der Käufer lediglich das Vorliegen einer Garantieverletzung darlegen. Auf ein etwaiges Verschulden des Verkäufers kommt es nicht an. Im Ausgleich hierfür werden die Garantien detailliert aus-

gehandelt und die Haftung anderweitig, insbesondere der Höhe nach (Cap) oder durch die sogenannten De-Minimis- und Basket-Regelungen, begrenzt. Die gesetzlichen Beschränkungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten für die individuell ausgehandelten Regelungen nicht.

III. Grenzen vertraglicher Haftungsausschlüsse und Risiken

Auch wenn es dem Verkäufer gelingt, seine Haftung vertraglich weitestgehend zu begrenzen, verbleibt ein Restrisiko: Die Haftung für Vorsatz oder Arglist. Diese kann im Voraus vertraglich weder ausgeschlossen noch begrenzt werden, sodass in diesen Fällen das gesetzliche Gewährleistungsrecht wieder auflebt und die ausgehandelte Haftungshöchstgrenze nicht zur Anwendung kommt. Daneben wäre bei Vorliegen einer arglistigen Täuschung auch die Anfechtung des Unternehmenskaufvertrags möglich. Dies würde den Vertrag als Ganzes rückwirkend beseitigen. Da eine Rückabwicklung in der Praxis außerordentlich komplex und zumeist nicht gewollt ist, sollen für die Zwecke dieses Beitrags Fälle der Anfechtung ausgenommen werden.

Bei den Begriffen „Vorsatz“ und „Arglist“ ist man geneigt, an klassische Betrugsfälle zu denken. Tatsächlich sind die Schwellen weitaus niedriger. Es reicht bereits aus, dass der Verkäufer die Unrichtigkeit einer Aussage billigend in Kauf nimmt. Besonders riskant sind daher die Nichtaufklärung über wesentliche Umstände und sogenannte „Aussagen ins Blaue hinein“, bei denen der Verkäufer nicht sicher weiß, ob diese zutreffend sind. Es kann bereits eine

Aussage ins Blaue darstellen, wenn es geboten gewesen wäre, eine wesentliche Information verifizieren zu lassen.

Und selbst über dem gewissenhaftesten Geschäftsführer schwebt weiterhin das Damoklesschwert der Vorsatzhaftung. Grund dafür ist die mögliche Zurechnung von Verhalten oder Wissen der Mitarbeiter, von Geschäftsführern der verkauften Zielgesellschaft oder sonstigen Gruppengesellschaften, Beratern oder sonst an der Transaktion Beteiligten.

Es ist also lohnend die Grenzen und Voraussetzungen der Unanwendbarkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen anhand aktueller Rechtsprechung genau abzustecken.

IV. Das Urteil des LG Düsseldorf vom 18.08.2022

Ein Großteil an Post-M&A-Streitigkeiten wird vor nicht-öffentlichen Schiedsgerichten ausgetragen oder gütlich beigelegt. Öffentliche Rechtsprechung ist daher selten.

Das Landgericht (LG) Düsseldorf hatte im Vorjahr eine dieser seltenen Gelegenheiten und im Zuge seiner Entscheidung gleich

mehrere grundsätzliche Aussagen zur Reichweite vertraglicher Haftungsbeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen getroffen.¹

1. Hintergrund

Dem Urteil lagen Ansprüche eines Käufers (Kläger) im Wert von über EUR 250 Mio. zu Grunde. Der Käufer verlangte vom Verkäufer (Beklagter) Schadensersatz in Höhe des gesamten Kaufpreises. Grund hierfür sei eine durch Fehlbuchungen vorsätzlich falsche (erhöhte) Darstellung des EBITDA und infolgedessen ein Entfallen der vertraglich vereinbarten Haftungsbeschränkungen. Das LG Düsseldorf folgte dieser Argumentation jedoch nicht.

2. Beweislast

Aussage 1: „Der Verkäufer muss sich nicht exkulpieren.“

Die Richter beschäftigten sich zunächst mit der Frage der Beweislast. Der Käufer berief sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Beweislast bei Vorsatz oder Arglist als Voraussetzung für die Unanwendbarkeit eines vertraglichen Haftungsausschlusses. Nach dieser Ansicht müsste der Käufer einen etwaigen Vorsatz des Verkäufers nicht beweisen, sondern lediglich dessen Pflichtverletzung darlegen

und könnte sich im Übrigen auf § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen. Dieser regelt eine Beweislastumkehr, welche sich nach dem BGH dem jeweiligen Verschuldensmaßstab (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) anpasst. Dabei wird der Verschuldensgrad vermutet, den der jeweilige Anspruch voraussetzt. Die Folge wäre, dass der Verkäufer sich nur auf den vertraglichen Haftungsausschluss berufen kann, wenn ihm der Nachweis gelingt, nicht vorsätzlich gehandelt zu haben.

Das LG Düsseldorf folgt dieser Argumentation nicht. Da die Parteien den Haftungsausschluss unter Beachtung der gesetzlichen Grenzen vertraglich geregelt haben, sei dies zu beachten. Die vertragliche Regelung enthalte keinen Hinweis auf eine Beweislastumkehr zu Lasten des Verkäufers. Daher sahen die Richter keinen Grund, dem Verkäufer den Entlastungsnachweis aufzubürden.

Es bleibt daher beim Grundsatz der Beweislast, dass der Käufer den Vorsatz des Verkäufers darzulegen hat.



¹ LG Düsseldorf, Urteil vom 18.08.2022 – 24 S 1/221.

3. Partielles Entfallen der Haftungshöchstgrenzen

Aussage 2: „Das vertragliche Haftungsregime ist nur insoweit unanwendbar wie auch Vorsatz oder Arglist reichen. Ein nur einzelne Garantien betreffender Vorsatzvorwurf bringt nicht das gesamte Haftungsregime zu Fall.“

Der Wortlaut des § 444 BGB (der Verkäufer kann sich auf eine Vereinbarung nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen hat) verleitet auf den ersten Blick zu der Annahme, das gesamte vertragliche Haftungsregime falle „in toto“ in sich zusammen, sobald irgendeine (womöglich noch so unbedeutende) Aufklärungspflicht vorsätzlich verletzt wurde.

Das LG Düsseldorf weist allerdings zurecht auf die gesetzliche Formulierung „soweit“ hin. Hierdurch wollte der Gesetzgeber verdeutlichen, dass nicht das gesamte vertragliche Haftungsregime bei einer lediglich geringen vorsätzlichen Pflichtverletzung wegfallen soll. Die vertraglichen Regelungen sollen vielmehr nur insoweit entfallen, wie auch der Vorsatz tatsächlich reicht. Es ist dabei nicht entscheidend, dass auch in der vertraglichen Regelung das Wort „soweit“ verwendet wird.

Beschränkt sich die vorsätzliche Pflichtverletzung also auf einen kleinen, abgrenzbaren Teil der Transaktion, etwa eine einzelne Fehlbuchung, entfällt diesbezüglich die vereinbarte Haftungshöchstgrenze. Im Übrigen bleiben die Haftungshöchstgrenzen aber bestehen. Steht beispielsweise eine umweltrechtliche Garantieverletzung in vielfacher Höhe des Caps im Raum, die mit der Fehlbuchung nichts zu tun hat, kann sich der Verkäufer in dieser Hinsicht weiterhin auf den Cap berufen.

Gleichwohl bleibt Vorsicht geboten. Vorliegen und Reichweite einer Pflichtverletzung sind nicht immer eindeutig – insbesondere, wenn eine einzelne vorsätzliche Fehlbuchung Auswirkungen auf das dem Käufer mitgeteilte EBITDA und damit auf den gesamten Kaufpreis hat. Statt die Pflichtverletzung wie das LG Düsseldorf lediglich auf die einzelne Fehlbuchung zu beziehen, wäre es auch denkbar, die Nichtaufklärung über das zu hoch angegebene EBITDA trotz Kenntnis einer Fehlbuchung als Pflichtverletzung zu betrachten. In diesem Fall läge der Schaden in einem erhöhten Kaufpreis, der in Kenntnis des tatsächlichen EBITDA nicht bezahlt worden wäre. Dieser Schaden könnte in Gänze ohne Beachtung einer Haftungsobergrenze geltend gemacht werden.

V. Einordnung des Urteils

Führt das Urteil des LG Düsseldorf für Verkäufer nun künftig zu einer Entschärfung von Post-M&A-Streitigkeiten? Hierfür sprechen die Kernaussagen des Urteils.

Allerdings handelt es sich nicht um ein höchstrichterliches Urteil. Es hat daher nicht dieselbe Bindungswirkung wie etwa eine Entscheidung des BGH. Es stünde anderen (Land-)Gerichten frei, anders zu entscheiden.

Zudem wird in der Urteilsbegründung betont, dass die Entscheidung maßgeblich auf der Auslegung des (individuell ausgehandelten) Vertrags beruht. Hierdurch mahnen die Richter selbst zur Vorsicht bei der Generalisierung ihrer Aussagen. Sie wenden sich nicht etwa gegen eine bis dato vorherrschende Meinung, sondern arbeiten vielmehr präzise an Gesetz und Vertrag.

Es empfiehlt sich daher einen ebenso ausdifferenzierten, professionell formulierten Unternehmenskaufvertrag abzuschließen, der nicht nur den Haftungsausschluss, sondern auch den Umfang der Garantien und der Aufklärungspflichten klar und umfassend regelt. Wird vertraglich dokumentiert, wen die Parteien als der Verkäuferseite zugehörig ansehen und, wie viel Nachforschung der Verkäufer bei der Aufklärung des Käufers zu betreiben hat, lässt sich das Haftungsrisiko maßgeblich verringern.

VI. Fazit

Das LG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung die Grenzen vertraglicher Haftungsausschlüsse aufgezeigt und insbesondere zur Beweislast und zur Reichweite der Vorsatzhaftung beachtenswerte Aussagen getroffen. Diese dürften zukünftige Post-M&A-Streitigkeiten trotz der fehlenden Verbindlichkeit des Urteils beeinflussen. Gleichwohl bleibt im Rahmen der Vertragsgestaltung und der Käuferinformation größte Vorsicht geboten. ■



Unternehmensplanung

Integrierte Unternehmensplanung: Die Glaskugel hat ausgedient



Carsten Lehberg
Managing Director



Pascal Sinner
Manager,
BANSBACH ECONUM
Unternehmensberatung GmbH

Das volatile wirtschaftliche Umfeld, eine lange nicht mehr gesehene Inflation und hohe Unsicherheit über deren weitere Entwicklung lassen das Thema Unternehmensplanung in diesen Tagen zu einer höchst anspruchsvollen Aufgabe werden. Denn gleichzeitig ist die Durchführung einer Unternehmensplanung wichtiger denn je:

- Aus betriebswirtschaftlichen Gründen, da eine reine „Heckwasser“-Betrachtung oder ggf. eine Fortschreibung der Vergangenheit in der aktuellen Situation ungeeignet und wenig hilfreich für die Steuerung des Unternehmens ist.
- Mit dem Stabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz (kurz: StaRuG) ist das Thema Krisenfrüherkennung und -vermeidung auch als gesetzliche Pflicht der Unternehmensführung verankert. Ein wesentliches Element hierfür ist die Erstellung einer Unternehmensplanung.

Welche Anforderungen sind an eine Unternehmensplanung zu stellen, die einerseits die Anforderungen an eine vorausschauende Unternehmenssteuerung berücksichtigen und andererseits die Herausforderungen unsicherer zukünftiger Entwicklungen berücksichtigt und den Planungsaufwand insbesondere für mittelständische Unternehmen in effizienten Relationen hält?

Wenngleich das Gesetz keine kodifizierten Anforderungen an das Planungswerk enthält, so lassen sich doch verschiedene Richtlinien und Grundsätze anführen, die an die Planungsrechnung zu stellen sind. Diese haben ihren Niederschlag in verschiedenen Veröffentlichungen und Leitlinien gefunden, wie zum Beispiel in den Grundsätzen ordnungsmäßiger Unternehmensplanung (GoP) des Bundesverbandes der Unternehmensberater (BDU) sowie in der zahlreichen Fachliteratur zu diesem Thema.

Im Folgenden sollen einige wichtige Anforderungen an die Unternehmensplanung beschrieben und erläutert werden.¹

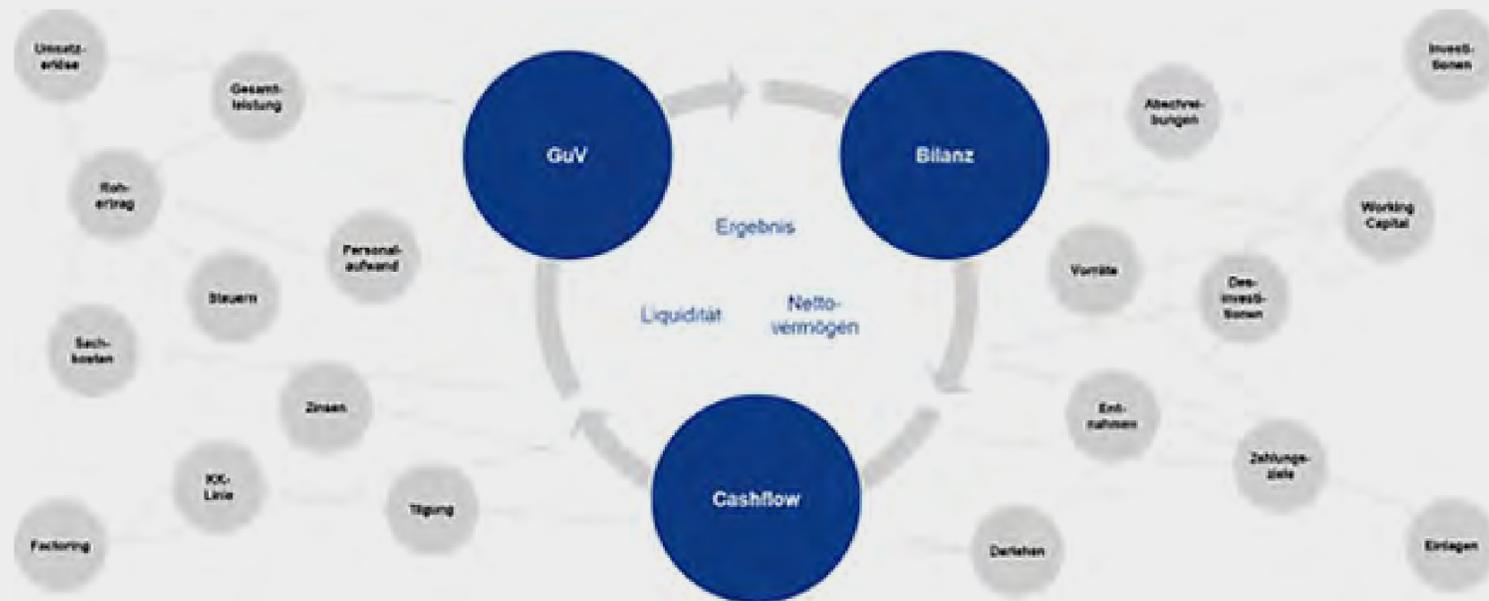
Fristigkeit der Planung – 12 Monate sind nicht genug

Üblicherweise wird bei den meisten Unternehmen das Thema Planung im Rahmen einer Budgetplanung für das kommende Geschäftsjahr und damit für die kommenden 12 Monate geplant. Dies wird häufig damit begründet, dass aufgrund eines fehlenden längerfristigen Auftragsvorlaufes sowie einer hohen Marktdynamik eine längerfristige Planung nicht möglich sei bzw. mit hohen Abweichungswahrscheinlichkeiten verbunden sind. An späterer Stelle wird das Thema Umgang mit planerischer Unsicherheit noch thematisiert werden. Grundsätzlich sollte die Planung jedoch über die Jahresschiene hinausgehen. Dabei kann die Planung auch auf einem geringeren Detaillierungsgrad durchgeführt werden und ggf. auch ausschließlich Top-Down erfolgen. Wichtig ist aber in jedem Fall, dass der Betrachtungshorizont über 12 Monate hinausreicht. Dies ist einerseits wichtig, um auch längerfristige Entwicklungen bereits planerisch im Blick zu haben, bspw. dann, wenn umfangreiche Investitionen langfristig wirken oder eine Turnaround-Situation einen längeren Realisierungszeitraum erfordert. Schließlich erfordert die handelsrechtliche Fortführungsprognose zwar einen Betrachtungszeitraum von mindestens 12 Monaten. Dieser ist aber gegebenenfalls zu erweitern, wenn die wirtschaftliche Situation des Unternehmens Fragen bzgl. der langfristigen Erfolgsaussichten und insbesondere der Sicherstellung der Finanzierung aufkommen. In diesem Fall ist der Betrachtungszeitraum auszudehnen. Bei einer weiteren Verschlechterung der finanziellen Situation, insbesondere in Verlust-

situationen oder sich abzeichnenden finanziellen Engpasssituationen, ist dann eine Erweiterung des Planungszeitraums auf mindestens 24 Monate erforderlich, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden¹.

Integration der Planung – Dreiklang von Erfolgs-, Vermögens- und Liquiditätsplanung

Ein weiteres wichtiges Gestaltungselement der Planung ist es, die Aspekte Ergebnis, Bilanzvermögen und Liquidität gemeinsam zu betrachten, also eine sogenannte integrierte Planung zu erstellen. Vielfach beschränkt sich die Planung auf den Bereich der Ergebnisplanung, häufig verbunden mit der Bilanzplanung. Ein häufig nicht explizit berücksichtigtes Element ist die Cashflow-Planung. Diese lässt sich grundsätzlich aus den Planungswerken der Ergebnis- und Bilanzplanung ableiten. Allerdings erfordern einzelne Elemente eine genauere Betrachtung.



Elemente einer integrierten Unternehmensplanung

Abb.: BANSBACH ECONUM

So sollte vor allen Dingen die Entwicklung des Working Capital in der Planung explizit berücksichtigt werden. Gerade die aktuellen Rohstoffpreisteigerungen haben bei vielen Unternehmen zu einer Erhöhung der Kapitalbindung im Vorratsvermögen und damit einer Belastung der Liquidität geführt.

Ein weiteres wichtiges Element ist die Planung von Investitionen. Hier wird häufig im Rahmen der Planungen von einem per Saldo unveränderten Anlagevermögen ausgegangen, da Abschreibungen durch Investitionen in gleicher Höhe kompensiert werden. Gerade in Wachstumsphasen oder Situationen mit höherem Investitionsaufkommen greift diese Betrachtung zu kurz und werden die Auswirkungen auf die Finanzierungssituation nicht adäquat abgebildet.

Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Planung (GoP)

Durch den Bundesverband der Unternehmensberater wurden bereits 2007 die Grundsätze ordnungsgemäßer Planung definiert und bereits mehrfach überarbeitet und ergänzt². Diese Grundsätze sollen hier weder wiederholt noch als Zusammenfassung dargestellt werden. Lediglich die übergeordneten Grundprinzipien sollen hier erwähnt werden. Diese sind:

- **Vollständigkeit:** In der Planung sind alle für die Erreichung der Planungsziele relevanten Sachverhalte zu berücksichtigen.
- **Wesentlichkeit und Angemessenheit:** In Abgrenzung zum Grundprinzip „Vollständigkeit“ wird hierdurch der Umfang der Informationsbeschaffung und -berücksichtigung in der Planung eingeschränkt. Es gilt den Fokus auf die für die Unternehmensplanung wesentlichen und bedeutsamen Informationen und Sachverhalte zu legen

¹ Der Gesetzgeber hat den Prognosezeitraum für die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose auf 4 Monate reduziert. Diese Regelung gilt bis zum 31.12.2023. Davon unbeschadet erfordert gerade eine angespannte Liquiditätssituation eine längerfristige Vorschau um rechtzeitig Handlungsbedarfe identifizieren und Maßnahmen ergreifen zu können.

² Bundesverband Deutscher Unternehmensberatungen BDU e.V. Grundsätze ordnungsgemäßer Planung (GOP) Version 3.0, 4. überarbeitete Ausgabe, März 2022

- Folgerichtigkeit: Hierunter ist zu verstehen, dass die Planung selbst sowie die für die Planung getroffenen Annahmen weder untereinander noch zu offensichtlichen externen Planungsfaktoren in Widerspruch stehen.
- Dokumentation und Transparenz: Hiermit soll sichergestellt werden, dass die Planungen jederzeit mit vertretbarem Aufwand nachvollzogen werden können

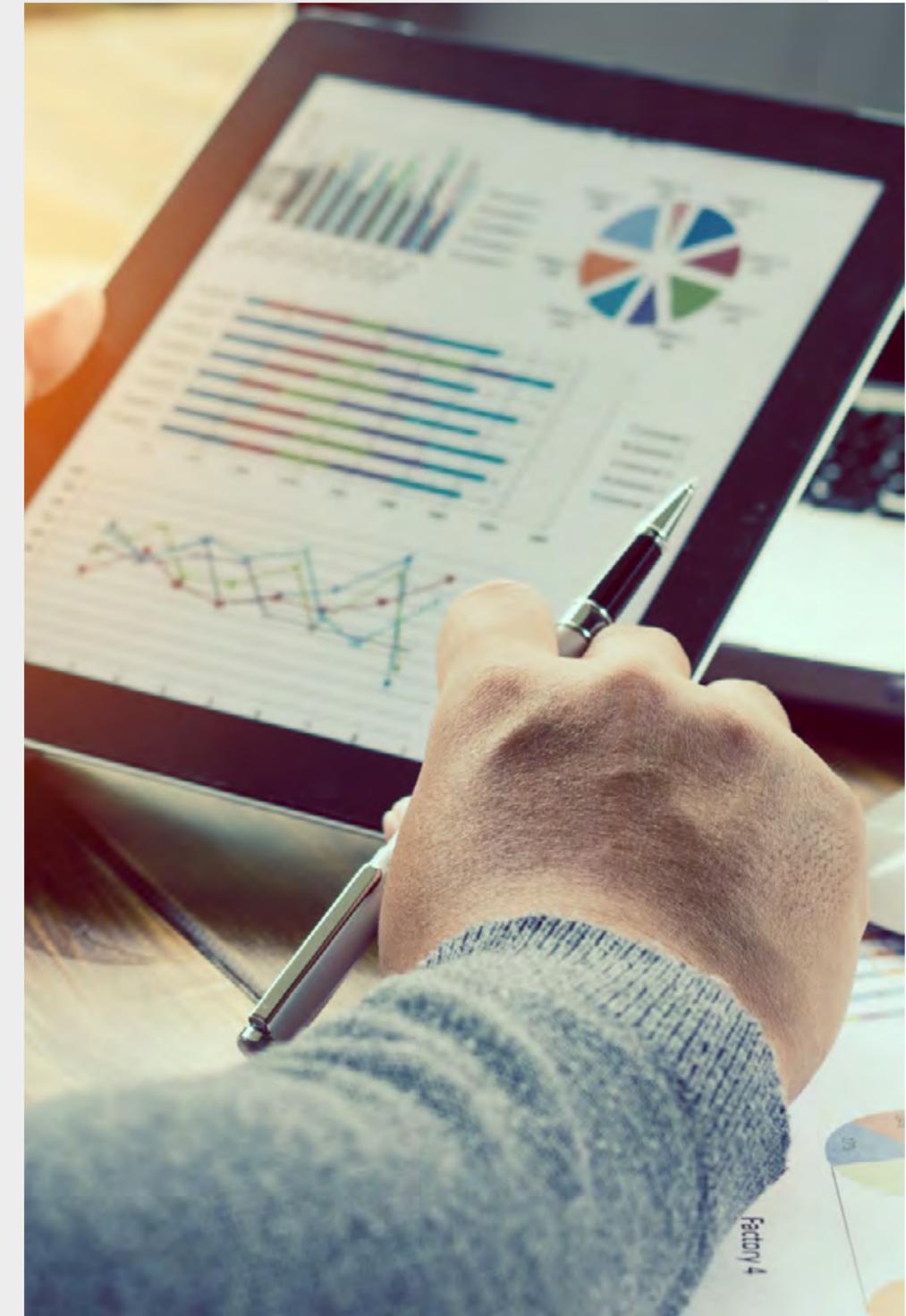
Risikoadjustierte Planungen/ Szenarioplanungen – der Unsicherheit begegnen

Vor allem in der aktuellen Situation hoher wirtschaftlicher Unsicherheit stellt das Thema Planung eine inhaltliche Herausforderung dar. Neben der klassischen Herausforderung der Umsatzprognose sind weitere Planungsparameter mit größeren Unsicherheiten behaftet als in der Vergangenheit: Entwicklung der Einkaufspreise, Entwicklung der Energiepreise sowie die weitere Zinsentwicklung waren in der Vergangenheit Faktoren, die angesichts geringer Inflation und Zinsen nahe „null“ vernachlässigbar erschienen. Nun nehmen diese eine nicht zu unterschätzende Relevanz an und sind gleichzeitig bezüglich der weiteren Entwicklung mit hoher Unsicherheit behaftet.

Dieser steigenden Komplexität kann eine eindimensionale oder einwertige Planung nicht gerecht werden. Szenarioplanungen oder risikoadjustierte Planungen sind das Mittel der Wahl, um die Unsicherheit adäquat zu berücksichtigen. Häufig bestehende Vorbehalte, wie ein hoher Aufwand, Unübersichtlichkeit oder fehlende Transparenz, kann durch eine entsprechende Methodik sowie Einsatz von Planungstools kompensiert werden. In Bezug auf die Methodik ist es entscheidend, die relevanten Einflussfaktoren zu identifizieren und für diese angemessene Varianzfaktoren zu bestimmen.

Die unterschiedlichen Varianzparameter können dann in einem Planungsszenario berücksichtigt und die Auswirkungen auf die kritischen Erfolgskennzahlen berücksichtigt werden. Gibt es mehrere kritische Planungsfaktoren, so können diese in ihren separaten als auch in ihren kumulierten Auswirkungen betrachtet werden.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass die zusätzliche Unterlegung verschiedener Werte mit verschiedenen Wahrscheinlichkeiten keinen sinnvollen Mehrwert bietet. Relevanter ist die Arbeit mit einem kritischen Niveau der Faktoren, die bei Erreichung zu einer deutlichen Verfehlung der Unternehmensziele führen oder gar sicher zu stellenden Nebenbedingungen der Planung (z. B. Durchfinanzierung des Unternehmens) gefährden oder verletzen.





Planungsunterstützung – Wenn Excel an Grenzen stößt

Sowohl die oben beschriebene Anforderung einer integrierten Planung als auch die Abbildung von Szenariorechnungen lassen sich grundsätzlich über eigenerstellte Excelplanungen abbilden. Allerdings ist dies bei Berücksichtigung beispielsweise mehrerer Szenarien sehr aufwendig und zunehmend fehleranfällig. Gleiches gilt, wenn verschiedene, dezentral erstellte Teilplanungen zusammengeführt werden müssen.

Für diese Zwecke haben sich mittlerweile eine Vielzahl von Planungstools im Markt etabliert, die unterschiedliche Aspekte und Detaillierungsgrade von Planung berücksichtigen. Um angesichts der Vielfalt und unterschiedlichen Funktionalitäten des Angebotes das passende Planungstool auszuwählen, empfiehlt es sich zunächst herauszuarbeiten, welche Anforderungen konkret an das Produkt aktuell und künftig gestellt werden. Üblicherweise sollen neben der reinen Planungsunterstützung auch die Themen Soll-Ist-Vergleich, Planungsfortschreibung sowie ggf. Konsolidierung und Erhöhung der Datenqualität unterstützen. Weitergehende, optionale Anforderungen können im Bereich Reporting- und Analyseunterstützung sowie Automatisierung der Finanzprozesse bestehen. ■

Insolvenzantragspflichten in unsicheren Zeiten und was bedeutet das für eine Restrukturierung?



Dr. Dirk Andres
Rechtsanwalt,
Restrukturierungsberater und Partner,
AndresPartner

1. Einleitung

Wir leben nach wie vor in turbulenten Zeiten. Nachdem die Corona-Krise nunmehr weitestgehend überwunden ist, haben sich durch den Ukraine-Krieg die Rahmenbedingungen für viele Unternehmen nicht wieder entspannt. Die Europäische Zentralbank (EZB) erhöht nachhaltig den Leitzins und verschlechtert damit für viele Unternehmen die Finanzierungskosten. Banken und sonstige Finanzierer ziehen sich aus Geschäftsbereichen zurück, um ihr eigenes Risiko zu minimieren. Die nach wie vor hohe Inflation und steigende Energiekosten sorgen für erhebliche Kostensteigerungen in den Unternehmen, die oftmals nicht oder zumindest nicht vollständig an die Kunden weitergegeben werden können. Durch diese Veränderung der externen Rahmenbedingungen können auch Unternehmen, die vor der Corona-Krise gut und solide gewirtschaftet haben, ins Schlingern kommen. Bei einem nachhaltigen Verzehr von Eigenkapital in den vergangenen Jahren muss die Geschäftsführung alle Unternehmensbereiche auf ihre Profitabilität und Zukunftsfähigkeit überprüfen und ggf. Maßnahmen definieren, die diese wieder herstellen können.

2. Insolvenzantragspflichten

Der Gesetzgeber hatte ursprünglich ab Anfang 2021 die Insolvenzantragspflichten neu aufgestellt. Es blieb zwar bei den Insolvenzantragsgründen der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sowie dem Antragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit, aber die Voraussetzungen für das Vorliegen der unterschiedlichen Antrags-

gründe wurden überarbeitet. Die Voraussetzungen für die Zahlungsunfähigkeit sind gleichgeblieben. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Überschuldung wurden wesentlich überarbeitet. Nach den neuen Regelungen des § 19 der Insolvenzordnung (InsO) liegt eine Überschuldung danach vor, wenn die Aktiva des Unternehmens unter Liquidationsgesichtspunkten nicht mehr die Passiva decken (erster Prüfungsschritt), und wenn dieses bejahend auch keine Fortführungsperspektive in den nächsten zwölf Monaten mehr besteht, also das Unternehmen in den kommenden zwölf Monaten nicht mehr durchfinanziert ist (zweiter Prüfungsschritt). Letztlich läuft dies auf eine 12-monatige Zahlungsfähigkeitsprüfung hinaus. Dieser Zeitraum war zuvor weitaus diffuser durch die Rechtsprechung auf das Ende des nächsten Geschäftsjahres definiert und konnte damit auch erheblich über zwölf Monaten liegen. Ein Antragsrecht in Form der drohenden Zahlungsunfähigkeit liegt nach § 18 InsO vor, wenn das Unternehmen in den kommenden 24 Monaten seine Zahlungsfähigkeit verliert. Es gibt jetzt also erstmalig einen eigenen Anwendungsbereich für die drohende Zahlungsunfähigkeit, der in dem Zeitraum von mehr als zwölf Monaten in der Zukunft liegt. In unsicheren Zeiten, wie gegenwärtig, können Unternehmen aber durch den nun festgelegten Prognosezeitraum bei der Überschuldungsprüfung schnell in eine Antragspflicht geraten, weil sie eine belastbare Zahlungsfähigkeitsprüfung für zwölf Monate kaum anstellen können bzw. wenn sie diese anstellen, sie negativ ausfällt und damit ein Insolvenzgrund vorliegt, der eine Insolvenzantragspflicht auslöst, die nach § 15a auch in maximal sechs Wochen zu erfüllen ist. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und durch eine Ergänzung des § 4 Abs. 2 SanInsKG (Sanierungs- und insolvenzrechtliches Krisenfolgenabmilderungsgesetz)

den 12-monatigen Prognosezeitraum auf vier Monate verkürzt für die Zeit vom 9. November 2022 bis zum 31. Dezember 2023. Der Prognosezeitraum für das Antragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit ist gleichgeblieben. Ist der Antragsgrund der Überschuldung dann eingetreten, hat man bis Ende 2023 auch nicht sechs Wochen, sondern acht Wochen Zeit, den Insolvenzantrag zu stellen. Sofern der Antragsgrund aber sicher nicht beseitigt werden kann, ist auch unverzüglich, also innerhalb weniger Tage, der Antrag zu stellen.

3. Restrukturierung im aktuellen Umfeld

Die Verkürzung des Prognosezeitraums führt natürlich zunächst einmal zu einer Entspannung bei der Unternehmensplanung in einer Krise, weil Eintrittswahrscheinlichkeiten für Umsätze und Kosten weitaus höher sind, je näher sie liegen. Somit droht bis Ende 2023 bei vielen Unternehmen zumindest nicht kurzfristig das Eintreten des Insolvenzgrunds der Überschuldung. Dies gibt den Unternehmen in der Krise aber eine trügerische Sicherheit bei ihren Planungen. Weder Banken noch sonstige Stakeholder werden sich in der Unternehmenskrise mit einem Blick auf die nächsten vier Monate zufriedengeben. Befindet sich ein Unternehmen in der Krise wird es den Blick über diese Frist hinaus schärfen müssen und die einzuleitenden Maßnahmen auch für den Zeitraum darüber hinaus evaluieren müssen. Entspannung tritt daher nur in Bezug auf die insolvenzrechtliche Prüfung, nicht aber in Bezug auf die eigentliche Restrukturierung ein. Hier bestehen durch die vorgenannten externen Faktoren in aller Regel weiter erhebliche Unsicherheiten über die Geschäftsentwicklung in den kommenden zwölf Monaten und darüber hinaus. Für eine Restrukturierung bedeutet dies, dass die Geschäftsführung die Restrukturierungsmaßnahmen sehr detailliert in Bezug auf den erforderlichen Aufwand, die benötigte Zeit und das geplante Er-

gebnis planen und dokumentieren muss. Sobald Abweichungen bei einzelnen Eckpunkten auftreten, muss eine Überprüfung erfolgen, welche Auswirkungen dies für die Restrukturierung, insbesondere den Finanzierungsstatus insgesamt hat und welche Plananpassungen erfolgen müssen. Die Erfahrung in diesen Zeiten zeigt, dass insbesondere die Finanzierer ein sehr genaues Auge auf die Planung und etwaige Abweichungen haben. Hier ist es wichtig, dass die Geschäftsführung Abweichungen transparent dokumentiert und Korrekturmaßnahmen kurzfristig einleitet, damit die Stakeholder nicht das Vertrauen in den Sanierungskurs verlieren.

Erkennt die Geschäftsführung, dass eine nachhaltige Sanierung und Durchfinanzierung des Unternehmens in den kommenden zwölf bis 24 Monaten danach nicht mehr wahrscheinlich ist, sollte sie überlegen, ob das StaRUG (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz) oder die Insolvenzordnung mit ihren Sanierungsinstrumenten Möglichkeiten bieten, das Unternehmen wieder nachhaltig ertragsfähig aufzustellen. Ggf. können durch die dort geregelten Möglichkeiten Sanierungsschritte schneller oder einfacher umgesetzt werden, die nachhaltig den Unternehmenserfolg sicherstellen. Beide Gesetze bieten die Möglichkeit, bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit zur Anwendung zu kommen. Das StaRUG insgesamt, die Insolvenzordnung nur in Form des Schutzschirmverfahrens.

Bei beiden Verfahren bleibt die Geschäftsführung im Amt und ist in der Lage ihren Restrukturierungskurs selbst weiter umzusetzen. Das StaRUG bietet dabei die Möglichkeit, durch eine Stabilisierungsanordnung kurzfristig Zahlungspflichten auszusetzen sowie sehr punktuell auch nur mit einzelnen Gläubigergruppen Neuregelungen zu finden. Diese können mit gerichtlicher Hilfe im Rahmen eines Restrukturierungsplans umgesetzt werden, der allerdings die Zustimmung von 75 Prozent der beteiligten Gläubiger erhalten muss.



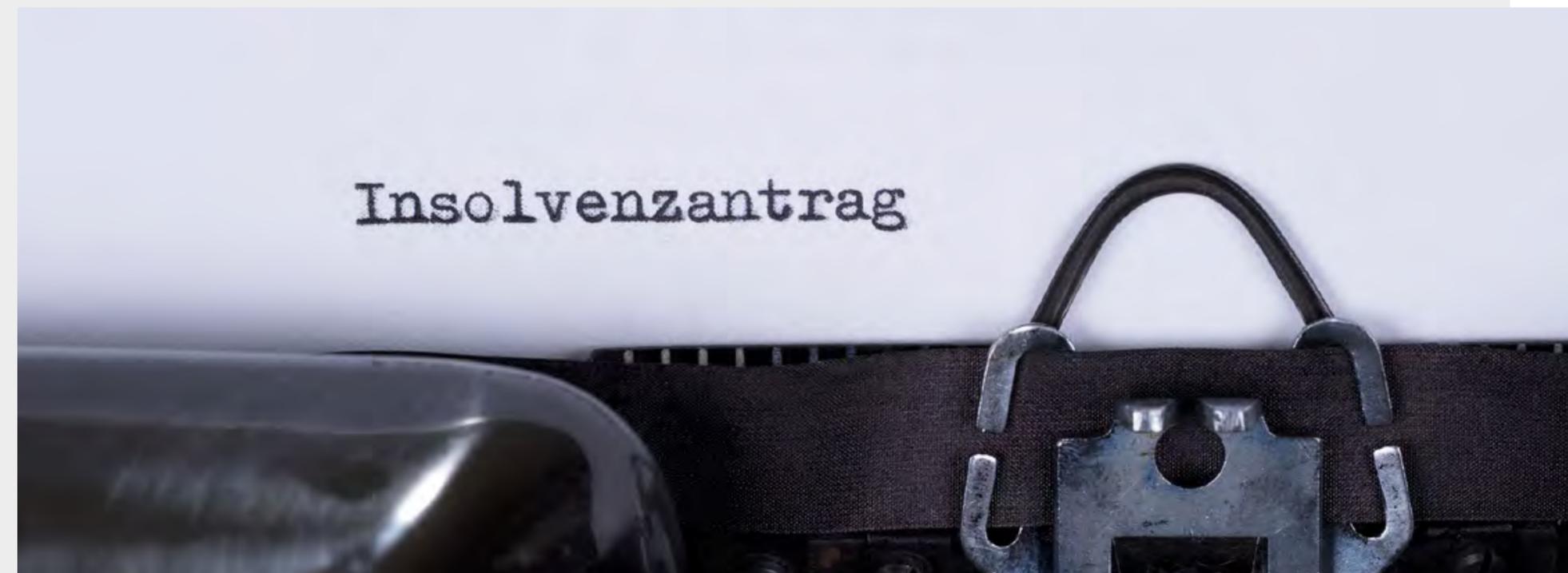
Unterschiedliche Gläubiger können dabei auch unterschiedlich behandelt werden. In Arbeitnehmerrechte kann nicht eingegriffen werden. Finanzierungsverträge, insbesondere auch Konsortialfinanzierungen können angepasst werden, und das durchaus auch nur in einzelnen Vertragsklauseln. Das Verfahren wird ohne Veröffentlichungen nur unter Einbeziehung der beteiligten Gläubiger geführt. Vom Restrukturierungsgericht kann ein Restrukturierungsbeauftragter als neutraler Dritter eingesetzt werden, der helfen kann, den Restrukturierungskurs bei den betroffenen Gläubigern mit durchzusetzen. Alles in allem kann das Verfahren im besten Fall in wenigen Wochen oder Monaten abgeschlossen sein.

Das Schutzschirmverfahren hingegen ist ein Insolvenzverfahren und zieht damit bereits eine breitere Öffentlichkeit nach sich und wird in aller Regel sechs bis acht Monate in Anspruch nehmen. Alle Gläubiger eines Unternehmens werden in das Verfahren einbezogen. Es ergeben sich aber weitergehende Möglichkeiten im Bereich des Eingriffs in Arbeitnehmerrechte und laufende Verträge. Durch die Zahlung von Insolvenzgeld und die Vollstreckungssperre für Altverbindlichkeiten ergibt sich aber eine erhebliche Entlastung der Liquidität, die in aller Regel im Unternehmen zu neuen finanziellen Spielräumen führt, die für die Restrukturierung eingesetzt werden können. Die Gläubiger können in einem Insolvenzplan auch gegen ihren Willen bei 50 Prozent Zustimmung der übrigen Gläubiger zu Lösungen bewegt werden.

4. Fazit

Eine Restrukturierung ist in den oben beschriebenen Zeiten allein schon aufgrund der ständig wechselnden externen Vorzeichen mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Der Gesetzgeber hat gut daran getan, den Insolvenzgrund der Überschuldung abzumildern, so dass

Unternehmen sich in einer akuten Restrukturierungssituation nicht auch noch mit einer ständigen insolvenzrechtlichen Fragestellung auseinandersetzen müssen. Allerdings bedeutet dies gerade nicht, dass die Restrukturierung selbst nicht über einen Zeitraum von mindestens zwölf bis 24 Monaten geplant werden muss. Hohe Transparenz der Geschäftsführung gegenüber den beteiligten Stakeholdern ist erforderlich, um das Vertrauen in den Restrukturierungskurs zu erhalten. Zudem sollte die Geschäftsführung die Möglichkeiten des StaRUG sowie eines Schutzschirmverfahrens mit bei ihren Überlegungen einbeziehen, um das Unternehmen optimal durch die Zeiten der externen Krisen zu führen und für die Zeit nach der Restrukturierung aufzustellen. ■



ESOP, VSOP und andere Möglichkeiten der (steueroptimalen) Mitarbeiterbeteiligung



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

Die Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmenserfolg stellt in der Praxis nicht allein eine bedeutende Vergütungskomponente, sondern ein wichtiges strategisches Instrument zur mittel- bis langfristigen Bindung von Mitarbeitern dar. Die Motivationslage zur Mitarbeiter-Incentivierung ist hierbei regelmäßig vielschichtig und kann sich bei Startups gleichermaßen wie bei branchenetablierten Unternehmen sowie sogar bei Familienunternehmen in der Nachfolgesituation ergeben. Die Beteiligung von (leitenden) Mitarbeitern ermöglicht und gewährleistet hierbei eine möglichst kongruente Interessenverteilung und Zielsetzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die konkrete Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligung ist jedoch maßgeblich durch deren steuerrechtliche Implikationen geprägt. Aus Unternehmensperspektive soll regelmäßig eine lohnsteuerrechtliche Haftung vermieden werden. Der Arbeitnehmer möchte dagegen eine sog. trockene Versteuerung („dry income“) – Versteuerung ohne Liquiditätszufluss – sowie eine Besteuerung mit dem persönlichen Steuersatz von bis zu 47 % (Einkommensteuer zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) vermieden wissen.

1. Ausgewählte Gestaltungsmöglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligung

Die Diskussion um die Art der Mitarbeiterbeteiligungen wird regelmäßig von der unentgeltlichen Einräumung von „echten“ Vermögensbeteiligungen (Aktien, GmbH-Geschäftsanteile etc.) angeführt, doch in der Praxis – u.a. aufgrund der steuerrechtlichen Vorteile – schnell durch die Alternativgestaltungen von Optionsrechten zum Erwerb von Geschäftsanteilen (employee stock option plan oder ESOP) sowie virtuellen (rein schuldrechtlichen) Beteiligungsrechten (phantom

stock program oder PSP bzw. virtual stock option plan oder VSOP) abgelöst. Echte Beteiligungen können das Rennen zumeist nur noch in modifizierten Varianten, wie sog. Hurdle Shares mit negativer Liquidationspräferenz (NLP) für sich entscheiden.

2. Übertragung von echten Geschäftsanteilen

Die unentgeltliche oder vergünstigte Einräumung von echten Geschäftsanteilen am Unternehmen begründet bei einer Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis einen geldwerten Vorteil, der zu den Einkünften aus nicht-selbstständiger Arbeit i.S.d. § 19 EStG zählt und der Einkommensteuer mit dem persönlichen Steuersatz und somit auch dem Lohnsteuerabzug unterliegt. Der Bundesfinanzhof (BFH) stellt für den entscheidungserheblichen Bewertungsstichtag auf den Zeitpunkt des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts ab, beurteilt aber hiervon unabhängig den Zeitpunkt des Lohnzuflusses – und somit den Zeitpunkt der Steuerentstehung – mit der Erlangung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht – regelmäßig die Einbuchung auf das Aktiendepot des Mitarbeiters bzw. die Anteilsabtretung – und somit den Zeitpunkt der Steuerentstehung. In der Praxis wird die Finanzverwaltung bei einem Anstellungsverhältnis des Begünstigten eine Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis und somit einen lohnsteuerrelevanten Sachverhalt annehmen. Problematisch ist aber vor allem die Bewertung, die sich nach den Vorgaben des Bewertungsgesetzes richtet. In der Praxis neigt die Finanzverwaltung dazu mangels Börsennotierung und Ableitungsmöglichkeiten aus weniger als ein Jahr vor dem Stichtag liegenden Geschäftsanteilsverkäufen unter fremden Dritten, die weniger als ein Jahr vor dem Stichtag liegen, die Unternehmensbewertung aus

einer Finanzierungsrunde oder anderen Beteiligungen von Investoren abzuleiten. Die Mitarbeiterbeteiligung durch echte Geschäftsanteile birgt daher nicht selten ein hohes Steuerrisiko, dem hauptsächlich durch eine valide Unternehmensbewertung im Vorfeld der Beteiligung und einer Abstimmung mit der Finanzverwaltung im Wege einer (kostenfreien) sog. Lohnsteueranrufungsauskunft i.S.d. § 42e EStG entgegengetreten werden kann.

a) Besteuerungspause bei Mitarbeiterbeteiligungen nach § 19a EStG

Der Gesetzgeber hat speziell für die Gewährung von (echten) Mitarbeiter- und Managementbeteiligungen den § 19a EStG eingeführt, um die mit der Gewährung der Beteiligung verbundene hohe Steuerbelastung ohne den Zufluss liquider Mittel („dry income“) abzumildern. Der geldwerte Vorteil – der zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gewährt werden muss – wird hiernach zunächst nicht besteuert, bis ein, die Besteuerung auslösendes Ereignis eintritt (sog. Besteuerungspause). Die Regelung soll insbesondere die Gewährung von Anteilen an Startup- bzw. KM(U)-Unternehmen begünstigen, weshalb die Steuervergünstigung bislang nur gewährt wird, wenn das Unternehmen bestimmte Größen- und Bestandsmerkmale nicht überschreitet:

- weniger als 250 Personen Mitarbeiter und
- einen Jahresumsatz von höchstens EUR 50 Mio. erzielt und
- eine Jahresbilanzsumme von höchstens EUR 43 Mio. nicht überschreitet und
- die Unternehmensgründung nicht mehr als 12 Jahre zurückliegt.

Für diesen sachlichen Anwendungsbereich gewährt der Gesetzgeber eine Besteuerungspause bis zum Eintritt der ganz oder teilweisen entgeltlichen oder unentgeltlichen Übertragung der erhaltenen Anteile, der Liquidation der Gesellschaft, dem Ablauf von 12 Jahren

seit der Übertragung der Vermögensbeteiligung oder der Beendigung des Dienstverhältnisses zum Arbeitgeber. Die Bundesregierung diskutiert derzeit zudem eine signifikante Anhebung dieser Schwellenwerte. Neben der Stundungswirkung wird der Mitarbeiter zudem auch vom Wertverlustrisiko insoweit befreit, als dass auf den vorgenannten Besteuerungszeitpunkt nur entweder der niedrigere gemeine Wert oder der ursprüngliche geldwerte Vorteil im Zeitpunkt des Vertragschlusses zu besteuern ist.

b) Hurdle Shares oder Geschäftsanteile mit sog. negativer Liquidationspräferenz (NLP)

In der Beratungspraxis haben sich zudem alternative Beteiligungsmodelle etabliert, die im Ergebnis gemein haben, dass zwar echte Anteile gewährt werden, diese dem Mitarbeiter aber lediglich eine Teilhabe an künftigen Wertsteigerungen des Unternehmens sichern und somit eine niedrigere Bewertung als die übrigen Anteile rechtfertigen.

Erreicht werden kann dies bspw. über sog. Hurdle-Shares mit negativer Liquidationspräferenz. Diese können so ausgestaltet sein, dass der Mitarbeiter erst an zukünftigen Gewinnausschüttungen, Exit- oder Liquidationserlösen etc. partizipiert, nachdem die Altgesellschafter vorab den Anteil am Unternehmenswert (Schwellenwert/Hurdle) erhalten haben, der im Zeitpunkt der Übertragung der Geschäftsanteile bereits bestand.

Beispiel: Ein Mitarbeiter erhält 10 % an einem Unternehmen, die einem gemeinem Wert von EUR 100.000 entsprechen. Bis zum Erreichen der EUR 100.000-Marke erfolgen Gewinnausschüttungen etc. aufgrund einer entsprechenden Satzungsvorgabe nur an die Altgesellschafter. Erst nach einer entsprechenden Amortisation erhält auch der Mitarbeiter Gewinnausschüttungen entsprechend seiner Beteiligungsquote.



Mangels belastbarer Stellungnahmen der Finanzverwaltung sollte dieses Gestaltungsinstrument mit einer validen Unternehmensbewertung unterlegt und mit der Finanzverwaltung im konkreten Einzelfall abgestimmt werden. Neben den umfassenden Satzungsänderungen ist die aufwendige Implementierung der hauptsächlichste Nachteil dieses Gestaltungsinstruments.

3. ESOP (employee stock option plan)

Im Gegensatz zu der steuerlichen Behandlung von echten Anteilen ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH und der Auffassung der Finanzverwaltung mit der unentgeltlichen oder verbilligten Überlassung von Ankaufsrechten (ESOP) zunächst kein lohnsteuerpflichtiger Zufluss beim Mitarbeiter gegeben. Ein solcher ist vielmehr erst dann gegeben, wenn der Mitarbeiter die Erwerbsoption ausübt oder die Option veräußert. Die Höhe des steuerrelevanten Zuflusses liegt in der Differenz zwischen dem gemeinen Wert und dem Ausübungspreis („strike price“). Die Endbesteuerung des ESOP vermeidet zwar die Generierung von dry income, kann dem Mitarbeiter aber nicht die Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen oder die Teilhabe an den stillen Reserven sichern. Darüber hinaus unterliegt der Wertzuwachs im Ausübungsfall der Besteuerung mit dem persönlichen Steuersatz von bis zu 47 %. Veräußerungsgewinne aus (echten) Anteilsverkäufen unterliegen dagegen regelmäßig, als Einkünfte aus Kapitalvermögen, dem sog. Teileinkünfteverfahren und einer effektiven Besteuerung mit etwa 27 %.

4. VSOP (virtual stock option plan)

Im Rahmen von virtuellen Beteiligungsprogrammen sollen dem Mitarbeiter gerade keine echten Anteile oder Ankaufsrechte im gesellschaftsrechtlichen Sinne eingeräumt werden, stattdessen soll auf schuldrechtlicher Basis eine Teilhabe am Wertzuwachs und Unternehmenserfolg abgebildet werden. Zumindest Nebenziel kann auch die Vermeidung von Verwässerungseffekten im Rahmen der Gesellschafterstruktur sein. Die Beteiligung an laufenden Gewinnen dürfte charakterisierend für sog. Virtual Shares oder Phantom Stocks sein, wohingegen sich Virtual Stock Options durch eine Begrenzung der Teilhabe am Wertzuwachs der echten Anteile auszeichnen dürften. Für den Verkaufsfall wird regelmäßig eine Beteiligung am (fiktiven) Verkaufserlös ggf. abzüglich eines fiktiven Anschaffungspreises, der als Schwellenwert (Hurdle) für die Entstehung des Anspruchs dient, vorgesehen. Stimm- und Kontrollrechte werden dem Mitarbeiter regelmäßig nicht eingeräumt. Virtual Shares oder Virtual Stock Options folgen ebenfalls dem Prinzip der Endbesteuerung, sodass weder die Einräumung noch die ratierliche Erdienung (Vesting) der virtuellen Beteiligung zu einem lohnsteuerpflichtigen Zufluss führen. Gleichwohl ist die Beteiligung im Auszahlungszeitpunkt mit dem persönlichen Steuersatz zu versteuern. Wenn eine wirkliche Zahlungsverpflichtung vereinbart wurde, mindern die Zahlungen aber auf Unternehmensebene den steuerpflichtigen Gewinn.

5. Fazit

Die Beteiligung von Mitarbeitern im Wege echter Anteile wird qualitativ kaum durch eine virtuelle Beteiligung ersetzt werden können. Für virtuelle Beteiligungsprogramme sprechen aber deren einfache, kostengünstige und rechtssichere Umsetzungsmöglichkeiten. Für den Mitarbeiter kann zudem die Entstehung von dry income vermieden werden, nicht hingegen die Besteuerung im Zuflusszeitpunkt mit dem persönlichen Steuersatz von bis zu 47 %. Die Besteuerungspause bei (echten) Mitarbeiterbeteiligungen nach § 19a EStG dürfte zu einer Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für echte Vermögensbeteiligungen gesorgt haben. Der Anwendungsbereich bleibt jedoch bislang sowohl in sachlicher als auch zeitlicher Hinsicht limitiert, so dass dem Bereich der modifizierten (echten) Beteiligungsvarianten auch in Zukunft große Bedeutung zukommen wird. Einen wesentlichen Bedeutungsgewinn in der Praxis könnte die Vorschrift für sich in Anspruch nehmen, wenn die Bundesregierung im Rahmen ihrer Startup-Strategie tatsächlich den Anwendungsbereich der Norm (Verdoppelung der KMU-Schwellenwerte, Erweiterung des Gründungszeitraumes von 12 auf 20 Jahre etc.) im Rahmen des geplanten Zukunftsfinanzierungsgesetzes wesentlich erweitert. Am Beispiel von Hurdle-Shares mit negativer Liquidationspräferenz soll aufgezeigt werden, dass diese zwar auf eine echte gesellschaftsrechtliche Teilhabe am Unternehmen ausgerichtet sind, die Vermeidung von dry income, aber durch entsprechenden Aufwand im Rahmen der Implementierung erkaufte werden kann. Die Privilegierung der Veräußerungsgewinnbesteuerung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens – etwa 27 % – dürfte bei einem entsprechenden zu erwartenden Wertzuwachs diesen Aufwand schnell kompensieren. ■



Tod der D&O-Versicherung? – Der faktische Verlust des Versicherungsschutzes über den Schluss von der Verletzung einer Kardinalpflicht auf die Wissenslichkeit



Rüdiger Weiß

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

Bislang war die D&O-Versicherung ein für Geschäftsführer nahezu unentbehrliches Versicherungsprodukt, schützte sie doch vor den finanziellen Folgen einer Inanspruchnahme auf Schadensersatz wegen einer bei Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung. Insbesondere bei einer Insolvenz bestehen für Geschäftsführer besonders hohe Haftungsrisiken, so kann das Zahlungsverbot des § 15b InsO (vormals § 64 GmbHG) ohne hinreichenden Versicherungsschutz den finanziellen Ruin des Geschäftsführers bedeuten. Da Insolvenzanträge regelmäßig erst Monate nach Eintritt der Insolvenzreife gestellt werden, ist die Geltendmachung von Haftungsansprüchen in Millionenhöhe keine Seltenheit. Angesichts wieder steigender Unternehmensinsolvenzen im Jahresverlauf 2022 ist ein entsprechender Absicherungsbedarf demnach durchaus vorhanden.

Bis zur klarstellenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Jahr 2020 lehnten D&O-Versicherer in zunehmendem Maß eine Regulierung nach der Inanspruchnahme aus § 64 Satz 1 GmbHG a.F. ab. Sie beriefen sich hierbei auf die durchaus umstrittene obergerichtliche Rechtsprechung, wonach der in § 64 Satz 1 GmbHG a.F. geregelte Anspruch der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer keinen gesetzlichen Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz im Sinne der D&O-Versicherungsbedingungen darstelle und somit vom Versicherungsschutz nicht erfasst sei (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 01.04.2016, 8 W 20/16; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.07.2018, I-4 U 93/16, Urteil vom 26.06.2020, 4 U 134/18 sowie OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 07.08.2019, 3 U 6/19). In der Praxis hatte die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Folge, dass jede Versicherungsgesellschaft und jeder Versicherungsmakler bei Abschluss von neuen Versicherungen darauf hinweisen mussten, dass ein Erstattungsanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG nicht von dem Ver-

sicherungsschutz erfasst ist, was dazu führte, dass ein Vertriebs der Versicherungsprodukte quasi zum Erliegen kam. In der Folge passten die Versicherungsgesellschaften ihre Neuverträge dahingehend an, dass ausdrücklich geregelt wurde, dass ein Deckungsanspruch in Bezug auf Erstattungsansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG umfasst ist. Darüber hinaus kam es für Altverträge zu zahlreichen Anfragen bei den Versicherungsgesellschaften, was zur Verhinderung von Kündigungen ebenfalls zur Folge hatte, dass entsprechende Nachträge zu den bestehenden Verträgen klarstellten, dass eine entsprechende Deckung gegeben ist.

Der Bundesgerichtshof bejahte schließlich in seiner Entscheidung vom 18.11.2020 (Az.: IV ZR 217/19; Vorinstanz OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 07.08.2019, 3 U 6/19) die grundsätzliche Einstandspflicht der D&O-Versicherungen gegenüber Geschäftsführern für Ansprüche aus § 64 GmbHG a.F. (nunmehr § 15a Abs. 1 InsO), da nach maßgeblicher Sicht des durchschnittlichen Versicherungsnehmers/Versicherten der Anspruch aus § 64 GmbHG auf den Ausgleich eines erlittenen Nachteils gerichtet sei und somit aus seiner Sicht einen bedingungsgemäßen Schadensersatzanspruch darstelle. Im Übrigen entspreche die Einbeziehung von Ansprüchen aus § 64 Satz 1 GmbHG in den Versicherungsschutz auch dem erkennbaren Zweck des Versicherungsvertrages. Die D&O-Versicherung diene als Fremdversicherung der Absicherung der versicherten Person vor Vermögenseinbußen, sodass der Versicherte nicht davon ausgehen werde, dass ausgerechnet das potenziell existenzvernichtende Haftpflichtrisiko aus § 64 Satz 1 GmbHG von der Deckung der D&O-Versicherung ausgeschlossen sei. Mangels Entscheidungsreife verwies der Bundesgerichtshof die Sache an das Berufungsgericht zurück.

Das OLG Frankfurt am Main (Urteil vom 28.04.2021 – 3 U 6/19) sah nun in der verspäteten Insolvenzantragstellung die Verletzung einer Kardinalpflicht durch den Geschäftsführer, welche den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung zuließe, und lehnte Ansprüche gegen die Versicherer auf Ersatz der entgegen dem insolvenzrechtlichen Auszahlungsverbot erfolgten Zahlungen erneut ab. Die streitgegenständlichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen sahen vor, dass vom Versicherungsschutz Haftpflichtansprüche wegen vorsätzlicher Schadenverursachung oder durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Beschluss, Vollmacht oder Weisung oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung durch eine versicherte Person ausgeschlossen sind. Derartige Risikoausschlüsse enthalten die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der am Markt angebotenen D&O-Versicherungen regelmäßig.

Während die vorsätzliche Schadensverursachung eher geringe praktische Relevanz aufweist, ist der durch den Versicherer erhobene Einwand der Wissentlichkeit wesentlicher Haftungsausschlussgrund. Zur Verwirklichung der wissentlichen Pflichtverletzung muss der Versicherungsnehmer die von ihm verletzte Pflicht positiv gekannt sowie das Bewusstsein gehabt haben, gesetz-, vor-

schrifts- oder sonst pflichtwidrig zu handeln. Fahrlässige Unkenntnis oder bedingt vorsätzliches Handeln, d.h. ein lediglich für möglich Halten der Pflichtverletzung, reicht hierfür nicht aus. Es muss vielmehr feststehen, dass der Versicherte die Pflichten zutreffend gesehen hat.

Beruft sich der Versicherer auf den Haftungsausschlussgrund, ist er für die Verwirklichung der subjektiven Merkmale darlegungs- und beweispflichtig. Grundsätzlich muss der Versicherer darlegen, der Versicherungsnehmer habe gewusst, wie er sich hätte verhalten müssen. Der Versicherer hat daher Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dies geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer/der versicherten Person im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, aus denen sich ergibt, dass die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung nicht zulassen (BGH, Urteil vom 17.12.2014 – IV ZR 90/13).

Vorgenannte Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast des Versicherers gelten nach höchstrichterlicher Rechtsprechung allerdings dann nicht, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten

handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann, sogenannte berufliche Kardinalpflichten (BGH, Urteil vom 17.12.2014 – IV ZR 90/13). In diesem Fall könne bereits vom äußeren Geschehensablauf und dem Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes auf innere Vorgänge geschlossen werden, sodass die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung vermutet wird. Ein weiterer Sachvortrag des Versicherers ist in diesem Fall entbehrlich. Es obliegt nun vielmehr 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 höchstrichterlichen Rechtsprechung bisher nicht geklärt. Nach Ansicht des OLG Köln (Urteil vom 16.11.2021 – 9 U 253/20) sowie des OLG Frankfurt am Main (Urteil vom 28.04.2021 – 3 U 6/19) stellt jedenfalls die Insolvenzantragspflicht eine derartige Kardinalpflicht dar.

Zuzugeben ist, dass die ständige Überwachung der finanziellen Situation der Gesellschaft eine wesentliche Pflicht des Geschäftsführers ist. Hierfür hat er ein entsprechendes Krisenfrüherkennungs- und

Krisenmanagementsystem zu installieren. Diese Pflicht hat der Gesetzgeber nunmehr in § 1 Abs. 1 StaRUG kodifiziert. Gesetzlich festgeschrieben wurden ebenfalls die nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestehenden Hinweis- und Warnpflichten für Steuerberater im Rahmen der Erstellung von Jahresabschlüssen. Gemäß § 102 StaRUG müssen sämtliche Berufsangehörige, die mit der Erstellung von Jahresabschlüssen im Rahmen von Mandantenbeziehungen betraut sind, den Mandanten auf das Vorliegen eines möglichen Insolvenzgrundes und die sich daran anknüpfenden Pflichten hinweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und sie annehmen müssen, dass dem Mandanten die mögliche Insolvenzreife nicht bewusst ist. Die Hinweis- und Warnpflicht ersetzt allerdings nicht die eigenen Pflichten der Geschäftsleitung zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement (vgl. Begr. zu § 102 StaRUG). Ergeben sich Anzeichen einer Insolvenzreife, ist das Vorliegen eines Insolvenzgrundes besonders zu prüfen.

Zum Insolvenzantrag verpflichtende Insolvenzgründe sind dabei die eingetretene Zahlungsunfähigkeit sowie die Überschuldung. Die lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit berechtigt den Unternehmer zwar zur Antragstellung, begründet aber keine Antragspflicht.



Von Zahlungsunfähigkeit ist nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig auszugehen, wenn eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke 10 % oder mehr beträgt, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist (BGH, Urteil vom 24.05.2005, IX ZR 123/04). Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, und die Fortführungsprognose negativ ausfällt. Der Geschäftsleiter hat im Rahmen der Überschuldungsprüfung eine Prognose zu erstellen, ob die Verbindlichkeiten des Unternehmens in den nächsten zwölf Monaten (§ 19 Abs. 2 InsO) bzw. derzeit vier Monaten (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 SanInsKG befristet bis 31.12.2023) mindestens zu 90 % gedeckt sind. Bei Unterschreiten des Deckungsgrades ist eine Bilanz zu Zerschlagungswerten zu erstellen, da in diesem Fall die positive Fortführungsprognose entfällt. Läuft in dem Prognosezeitraum von zwölf bzw. vier Monaten eine Prolongation oder ein Darlehen aus bzw. tritt eine anderweitige Deckungslücke ein, hat der Geschäftsführer drei Wochen Zeit auf eine Verlängerung der Darlehen bzw. Ersatzbeschaffung von

Liquidität hinzuwirken, will er die Bilanzierung zu Zerschlagungswerten verhindern. Er kann sich nach ständiger Rechtsprechung nicht darauf verlassen, dass die Bank das Darlehen gegebenenfalls erneut verlängern wird oder der Gesellschafter – auch wenn in der Vergangenheit schon öfter geschehen – die Liquiditätslücke schließen wird (vgl. OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.04.2021 – 3 U 6/19; OLG Hamm, Urteil vom 21.11.2022, I-8 U 153/21). In der Praxis führt die Bilanzierung zu Zerschlagungswerten jedoch fast immer zum insolvenzrechtlichen Überschuldungseintritt.

Sobald Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eintritt, hat der Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. sechs Wochen (nach § 4a SanInsKG derzeit acht Wochen) nach Eintritt der Überschuldung, Insolvenzantrag zu stellen. Vorgenannte Fristen stellen dabei Höchstfristen dar, welche nur bei innerhalb der Frist erfolgsversprechenden Sanierungsmaßnahmen ausgeschöpft werden dürfen. Zeichnet sich das Scheitern der Sanierungsbemühungen bereits zuvor ab, ist der Insolvenzantrag unverzüglich zu stellen.

Ein Geschäftsführer kann sich hierbei nicht erfolgreich auf fehlende kaufmännische Kenntnisse oder eine Verteilung der Ge-

schäftsführungsaufgaben und eine hieraus resultierende anderweitige Ressortzuständigkeit berufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein Geschäftsführer eine Organisation zu schaffen, die ihm die jederzeitige Kenntnis der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft ermöglicht, bei Krisenanzeichen hat er die Insolvenzureife durch Aufstellung eines Vermögensstatus zu prüfen und schließlich muss er sich gegebenenfalls fachkundig beraten lassen, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt (BGH, Urteil vom 19.06.2012 – II ZR 243/11). Die Berufung auf eine anderweitige Ressortzuständigkeit bleibt ihm hierbei verwehrt, denn von seiner eigenen Verantwortung für die ordnungsgemäße Geschäftsführung wird er nicht entbunden.

Das OLG Frankfurt hatte ebenso wie das OLG Köln eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht durch den Geschäftsführer festgestellt und daraufhin angenommen, dass aufgrund dieses Pflichtenverstoßes gegen eine Kardinalpflicht auch die nach Insolvenzureife erfolgten Zahlungen wissentlich begangene Pflichtverletzungen seien. Ausführungen zur Kenntnis des Geschäftsführers, dass die von ihm veranlassten Zahlungen gegen das insolvenzrechtliche Zahlungsverbot verstoßen, enthalten beide Urteile hingegen nicht. Angesichts der in § 15b

InsO enthaltenen Ausnahmen, wonach Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, nicht vom Zahlungsverbot erfasst sind, erscheint der Schluss der Gerichte zumindest fragwürdig. Die Insolvenzreife führt gerade nicht zu einem absoluten Zahlungsverbot. Die Kenntnis, dass die konkreten Zahlungen dem insolvenzrechtlichen Zahlungsverbot unterliegen, kann daher nicht nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden. Eine Beweislastumkehr zugunsten der Versicherer erscheint insoweit nicht gerechtfertigt.

Darüber hinaus scheint der pauschale Ausschluss des Deckungsschutzes bei verspäteter Insolvenzantragstellung auch nicht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur grundsätzlichen Einstandspflicht der D&O-Versicherungen zu sein, da hierdurch der Versicherungsschutz praktisch leerlaufen würde. Dennoch bleibt festzuhalten, dass ein Geschäftsführer aufgrund der aufgezeigten Tendenzen in der obergerichtlichen Rechtsprechung auf einen Deckungsschutz im Fall der verspäteten Insolvenzantragstellung nicht mehr vertrauen kann.

Im Ergebnis führt die Instanzenrechtsprechung dazu, dass im Falle einer verspäteten Insolvenzantragstellung für den Geschäftsführer regelmäßig kein Versicherungsschutz besteht. Unterstellt man, dass jede verspätete Insolvenzantragstellung als Kardinalpflichtverletzung wissentlich geschieht, so ist eine Exkulpation hiervon praktisch kaum möglich. Dies resultiert daraus, dass bei widerlegter Wissentlichkeit den Geschäftsführer kein Verschulden trifft und somit auch kein Haftungsanspruch besteht, sodass ein Versicherungsschutz nicht benötigt wird. Gelingt die Widerlegung der vermuteten Wissentlichkeit nicht, so besteht nach der Instanzenrechtsprechung kein Versicherungsschutz. Damit würde bei Fortführung der Rechtsprechungstendenzen eine Versicherung für den Fall der verspäteten Insolvenzantragstellung obsolet. ■



Business Judgment Rule – sicherer Hafen oder scharfe Haftung?



Dr. Karl von Hase

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, sowie Fachanwalt für internationales Wirtschaftsrecht, PLUTA Rechtsanwalts GmbH

Es ist nicht immer drin, was draufsteht. Wer kennt das nicht? Das lässt sich auch zur deutschen Regelung der Business Judgment Rule feststellen. Die Idee stammt aus den USA und ist gut: Unternehmerischer Erfolg ist mit dem Eingehen von Risiken verbunden. Es wäre gesamtwirtschaftlich von Nachteil, wenn ein Unternehmensleiter deswegen übertrieben risikoscheu würde, weil jedes verwirklichte Risiko sofort in dessen Haftung umschlagen würde. Es soll vielmehr die sog. risktaking capability der Unternehmen gewahrt und die Gefahr vermieden werden, dass andere sich im Nachhinein klüger dünken als der Unternehmensleiter, der in der konkreten Entscheidungssituation stand (sog. hindsight bias); auch sollen die Gerichte bei ihrem Leisten bleiben, also Jura machen und nicht hypothetische Unternehmensleiter spielen (judicial self-restraint). Die Business Judgment Rule soll deswegen einen Freiraum (safe haven) schaffen, innerhalb dessen die Gerichte das unternehmerische Handeln nicht selbst in der Rückschau (anders) bewerten dürfen. In Delaware, dem führenden Bundesstaat für Gesellschaftsrecht in den USA, hat man diesen Freiraum prozessrechtlich geschaffen. Klagt z. B. ein Gesellschafter oder ein Insolvenzverwalter gegen einen Unternehmensleiter wegen einer nachteiligen Geschäftsentscheidung, so wird zugunsten des Unternehmensleiters vermutet, dass dieser seine unternehmerische Entscheidung auf angemessen informierter Basis, in gutem Glauben und zum Wohl der Gesellschaft getroffen hat, weshalb er dafür nicht haftet. Der Beweis des Gegenteils ist schwierig und obliegt dem Kläger. Der Unternehmensleiter soll lediglich bei evidentem Ermessensmissbrauch, im Falle von Interessenskonflikten oder bei grober Fahrlässigkeit mit der Aufgabe belastet sein, den Nachweis zu erbringen, dass sein Handeln dennoch pflichtgemäß war.

Anders die Umsetzung der Business Judgment Rule in Deutschland. Diese ist in Art. 93 Abs. 1 S. 2 AktG materiell-rechtlich verankert und gilt auch für GmbH-Geschäftsführer. Wörtlich heißt es im Gesetz, dass eine Pflichtverletzung (nur dann) nicht vorliege, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung (1.) vernünftigerweise annehmen durfte, (2.) auf der Grundlage angemessener Information (3.) zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Während nach Delaware-Recht durch die prozessuale Vermutung sowohl das Entscheidungsverfahren als auch der Inhalt der (nachteiligen) Entscheidung einer ungezügelter richterlichen Nachprüfung entzogen sind, führt die deutsche Regelung dazu, dass der Richter jedenfalls den Weg zur Entscheidung ganz genau prüft. Erschwerend kommt hinzu, dass der Unternehmensleiter dafür beweispflichtig ist, dass er alle drei Voraussetzungen auf dem Weg zu einer pflichtgemäßen unternehmerischen Entscheidung eingehalten hat. Auch das ist ein ganz gewichtiger Unterschied zur Regelung in Delaware. Insoweit bedingt die deutsche Business Judgment Rule eher eine scharfe Haftung als einen sicheren Hafen. Ist das Entscheidungsverfahren allerdings nachweislich sauber gelaufen, prüft auch in Deutschland – von Missbrauchsfällen abgesehen – der Richter den Inhalt der Entscheidung nicht weiter nach. Sie ist dann vom unternehmerischen Ermessen gedeckt.

In der Praxis bereitet die zweite Voraussetzung (auf der Grundlage angemessener Information) die meisten Probleme. Der Bundesgerichtshof (BGH) ist streng. Der Unternehmensleiter muss:

- alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpfen,
- Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abschätzen und
- den erkennbaren Risiken Rechnung tragen.

Bei Prüfung einer für die unternehmerische Entscheidung relevanten Rechtslage gilt Folgendes: Ein Unternehmensleiter, der selbst nicht die erforderliche rechtliche Sachkunde besitzt, genügt den Anforderungen durch eine schlichte Anfrage bei einer für fachkundig gehaltenen Person nicht. Erforderlich ist vielmehr²:

1. die Beauftragung der Prüfung durch einen sachlich unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträger (z. B. einen passenden Fachanwalt oder eine qualifizierte Rechtsabteilung)
2. unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft bei
3. Offenlegung der erforderlichen Unterlagen und gefolgt von einer
4. eigenen sorgfältigen Plausibilitätskontrolle der erteilten Rechtsauskunft. Die Plausibilitätskontrolle erfordert allerdings keine eigene rechtliche Überprüfung, sondern die Vergewisserung, dass dem Berater alle erforderlichen Informationen zur Verfügung standen, er diese offenbar verarbeitet hat und er alle sich einem rechtlichen Laien aufdrängenden Fragen widerspruchsfrei beantwortet hat³.

Auch hinsichtlich der Beauftragung verlangt der BGH nicht, dass ein Prüfauftrag ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt wurde, sondern nur, dass die Prüfung durch den fachkundigen Berater die zweifelhafte Frage tatsächlich umfasst⁴.

Den gesamten Vorgang bis zur Entscheidungsfindung sollte der Unternehmensleiter sorgfältig dokumentieren. Verlässt er das Unternehmen und wird er verklagt, muss ihm das Unternehmen auf diese entlastenden Unterlagen Zugriff gewähren, damit er seiner Beweislast nachkommen kann.

Von Richard Branson (Virgin) stammt folgendes Zitat:

„I rely far more on gut instinct than researching huge amounts of statistics.“

Ganz in diesem Sinne hat die Munich Business School auf ihrer Webseite einen Beitrag zur „Intuition als Grundlage für Geschäftsentscheidungen“ veröffentlicht, in dem es heißt:

*„Ein Manager verlässt sich auf konkrete Fakten, wie zum Beispiel Excel-Daten, während ein Leader auch gewillt ist, in gewissen Situationen intuitiv zu entscheiden – auch wenn dies ein Risiko mit sich bringen kann. In diesem Sinne ist es nie zu spät: Nutzen Sie Ihre Intuition und lernen Sie diese durch intuitive Entscheidungen richtig kennen!“ **Rechtlich ist ein solcher Rat brandgefährlich.***

Wer in Deutschland nicht auf der Grundlage umfassender Informationen, sondern vorrangig nach Intuition entscheidet, haftet, wenn sich die Entscheidung im Nachhinein als falsch erweist. Die deutsche Business Judgment Rule hat kein Verständnis für genialistische Unternehmens-Leader, die nach ihrem Bauchgefühl entscheiden. Raum für Intuition verbleibt nur dort, wo zunächst die Fakten und Risiken gründlich aufgeklärt und abgewogen wurden. ■

1 BGH vom 14.07.2007 – II ZR 202/07.
2 BGH vom 20.09.2011 – II ZR 234/09 „ISION“.
3 BGH vom 28.04.2015 – II ZR 64/13.
4 BGH vom 28.04.2015 – II ZR 64/13.

Anleiherestrukturierung nach Maßgabe des StaRUG – neue Handlungsoptionen auch für GmbH-Geschäftsführer



Dr. Lutz Pospiech
Counsel



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

Zahlreiche mittelständische Unternehmen in der Rechtsform der GmbH nutzen als alternatives Finanzierungsinstrument zu Bankkrediten Anleihen. Gerät ein Anleiheemittent in eine wirtschaftliche Krise, in der die Zins- und Rückzahlung der Anleihe nicht mehr gesichert sind, rücken die Möglichkeiten einer Anleiherestrukturierung in den Fokus des Geschäftsführers. Standen hierfür bislang die Instrumentarien des Schuldverschreibungsgesetzes (SchVG) zur Verfügung, kommt nunmehr auch eine Anleiherestrukturierung nach dem Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG) in Betracht.

Grundlagen des StaRUG

Das StaRUG eröffnet Unternehmen in der Krise die Möglichkeit, durch Mehrheitsentscheidungen der Gläubiger, die von der Sanierung betroffen sein sollen, im Vorfeld und außerhalb einer Insolvenz Sanierungen rechtssicher durchzuführen. Kernstück des StaRUG ist der an das Insolvenzplanverfahren angelehnte **Restrukturierungsplan**, den das Unternehmen weitgehend autonom mit den betroffenen Gläubigern verhandeln und von der Mehrheit der betroffenen Restrukturierungsgläubiger beschließen lassen kann. Zudem kann das Unternehmen auf Sanierungsinstrumente aus einem durch das StaRUG zur Verfügung gestellten modularen Baukasten zugreifen, um das Sanierungsvorhaben durch Inanspruchnahme verfahrensmäßiger Unterstützungen durch das neu geschaffene Restrukturierungsgericht und verschiedene neu geschaffene Instrumente zur Sanierung der Unternehmen zu ermöglichen und umzusetzen.

Das StaRUG findet Anwendung auf Unternehmen, denen die Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 18 InsO droht, aber deren Zahlungsunfähigkeit noch nicht eingetreten ist. **Drohende Zahlungsunfähigkeit** eines Unternehmens i.S.d. § 18 InsO liegt vor, wenn innerhalb eines Prognosezeitraums von in der Regel 24 Monaten mit dem Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit zu rechnen ist. Unternehmen, die bereits zahlungsunfähig oder insolvenzrechtlich überschuldet sind, können die Möglichkeiten des StaRUG nicht in Anspruch nehmen.

Grundsätzlich gilt, dass für die Annahme einer positiven Fortführungsprognose, die eine insolvenzrechtliche Überschuldung ausschließt, ein Zeitraum von zwölf Monaten zugrunde zu legen ist (§ 19 II InsO). Allerdings hat der Gesetzgeber mit Beschluss des Bundestags vom 20.10.2022 vor dem Hintergrund der aktuellen Krisengefährdung von Unternehmen diesen Prognosezeitraum auf vier Monate verkürzt.

Zudem sind die Regelungen des StaRUG für eine Anleiherestrukturierung nur dann anwendbar, wenn die Forderungen der Anleihegläubiger in der Restrukturierungsanzeige an das Restrukturierungsgericht als zu gestaltende Forderungen in den Entwurf des Restrukturierungsplans einbezogen worden sind (§ 31 StaRUG).

Anleiherestrukturierung im Rahmen des Restrukturierungsplans

Die Nutzung von Maßnahmen nach den Regelungen des StaRUG setzt nicht voraus, dass die Möglichkeit einer Anleiherestrukturierung – wie für die Anwendbarkeit der §§ 5 ff. SchVG – in den Anleihebedingungen ausdrücklich vorgesehen ist. Die Restrukturierungsmaßnahmen für die Rechte der Anleihegläubiger im Restrukturierungsplan sind in den §§ 2 und 3 StaRUG geregelt. Es können u.a. die Forderungen der Anleihegläubiger auf Rückzahlung und Zinsen gestaltet werden (§ 2 I Nr. 1 StaRUG), die Anleihebedingungen geändert (§ 2 II 1 StaRUG) und in gruppeninterne Drittsicherheiten eingegriffen werden. Mit Ausnahme der Schuldnerersetzung (vgl. § 5 III Nr. 9 SchVG) können in einem Restrukturierungsplan nach den Regelungen des StaRUG alle in § 5 III SchVG aufgeführten Maßnahmen beschlossen werden.

Zur Annahme eines Restrukturierungsplans ist die Zustimmung zum Restrukturierungsplan durch jede Gruppe mit mindestens 75 % der Stimmrechte erforderlich (§ 25 I StaRUG). Die Stimmrechte richten sich grundsätzlich für die Anleihegläubiger nach dem Betrag ihrer Forderungen zzgl. aufgelaufener Zinsen (§ 24 I StaRUG). Das Mehrheitserfordernis

bezieht sich auf alle Forderungen der jeweiligen Gruppe, nicht nur auf die bei der Abstimmung anwesenden Gläubiger.

Bei der Einbeziehung von Anleihen in den Restrukturierungsplan nach dem StaRUG besteht die Möglichkeit, die den Restrukturierungsplan ablehnenden Gläubigergruppen im Wege der gruppenübergreifenden Mehrheitsentscheidung (Cross Class Cram Down) zu überstimmen. Eine solche Überstimmung gem. § 26 StaRUG kommt dann in Betracht, wenn (i) die Betroffenen durch den Plan nicht schlechter gestellt werden als sie ohne Plan stünden, (ii) sie angemessen am wirtschaftlichen Wert der Restrukturierung beteiligt werden und (iii) die Mehrheit der Gruppen zugestimmt hat.

Bestellung des gemeinsamen Vertreters für alle Anleihegläubiger

Ein für alle Anleihegläubiger bestellter gemeinsamer Vertreter ist allein berechtigt und verpflichtet, die Rechte der Anleihegläubiger im StaRUG-Verfahren geltend zu machen (§ 19 III i.V.m. VI SchVG); die Anleihegläubiger sind insoweit ausgeschlossen. Ist ein gemeinsamer Vertreter bereits in den Anleihebedingungen bestellt (Vertragsvertreter), so erstarkt dieser automatisch zu einem sog.

„starken“ gemeinsamen Vertreter mit den Rechten gemäß § 19 III SchVG. Ist noch kein gemeinsamer Vertreter bestellt, kann dieser entweder im Vorfeld der StaRUG-Restrukturierung nach den Regelungen des SchVG oder, nachdem eine Restrukturierungsanzeige gemacht wurde, nach den Regelungen des StaRUG bestellt werden.

Dabei hat das Restrukturierungsgericht zum Zwecke der Fassung eines Mehrheitsbeschlusses über die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters eine Gläubigerversammlung einzuberufen. Da diese Anleihegläubigerversammlung nach dem Wortlaut des § 19 II 2 i.V.m. VI SchVG „nach den Vorschriften dieses Gesetzes“ einzuberufen ist, gelten nach einhelliger Auffassung für die Einberufung der Anleihegläubigerversammlung die Vorschriften des SchVG.

Die Details der Bestellung des gemeinsamen Vertreters im Rahmen des StaRUG-Verfahrens sind rechtlich noch nicht abschließend geklärt. Nach ersten Gerichtsentscheidungen und Erkenntnissen aus der Praxis spricht viel dafür, dass der gemeinsame Vertreter mit der einfachen Mehrheit der Forderungen gewählt werden kann und es kein Quorum für die Gläubigerversammlung gibt, weil nach den Regeln für Gläubigerversammlungen in der Insolvenz abgestimmt wird (§§ 76 ff. InsO analog). Dies gibt im Hinblick auf den Um-

gang mit der Gruppe der Anleihegläubiger erhebliche Rechtssicherheit. Zudem kann ein so gewählter gemeinsamer Vertreter erforderlichenfalls etwaig opponierende Gläubiger einer anderen Gruppe nach den Regelungen des § 26 StaRUG über einen sog. Cross Class Cram Down überstimmen und dem Restrukturierungsplan zur Wirksamkeit verhelfen.

Gesichtspunkte für die Wahl eines StaRUG-Verfahrens

Im Gegensatz zum Restrukturierungsverfahren nach dem SchVG, das für jede Anleihe getrennt durchlaufen werden muss, können beim StaRUG-Verfahren sämtliche Anleihen eines Emittenten in den einen Restrukturierungsplan einbezogen werden. Dies erscheint effizienter und kostengünstiger. Zudem bietet das StaRUG-Verfahren die Möglichkeit, nach den Anleihebedingungen fällig werdende Anleiheverbindlichkeiten – insbesondere für Zinsen und die Rückzahlung der Schuldverschreibungen – einer gerichtlich angeordneten Vollstreckungssperre (§ 49 I Nr. 1 StaRUG) zu unterwerfen. Eine vergleichbare Möglichkeit ist im SchVG nicht vorgesehen.

Darüber hinaus ist das Rechtsschutzregime gegen den Bestätigungsbeschluss des Restrukturierungsplans mit der sofortigen Beschwerde gemäß § 66 StaRUG gegenüber der dem Aktienrecht angelehnten Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Anleihegläubiger gem. § 20 SchVG weniger blockadefreundlich.

Mit dem StaRUG können außerdem auch Anleihen restrukturiert werden, für die die Restrukturierungsinstrumente des SchVG nicht greifen (etwa ausländische Anleihen oder inländische Anleihen, bei denen die §§ 5 ff. SchVG nicht in die Anleihebedingungen einbezogen wurden).

Mögliche Verzahnung eines StaRUG-Verfahrens mit einer Restrukturierung nach SchVG

Im Hinblick auf ein Gesamtrestrukturierungskonzept unter Einbindung einer Anleiherestrukturierung können beide Verfahrenstypen (StaRUG und SchVG) auch parallel durchlaufen und miteinander verzahnt werden. So kann etwa neben einem Re-

strukturierungsplan nach Maßgabe des StaRUG eine Anleihe nach Maßgabe des SchVG restrukturiert werden, wenn die Anleihegläubiger nicht in den Restrukturierungsplan einbezogen werden.

Da bei einer Verzahnung der Verfahren nach StaRUG und SchVG die Umsetzung der einen Maßnahme regelmäßig von der Wirksamkeit der jeweils anderen abhängen soll, sind sie folgendermaßen miteinander zu verknüpfen: Der Vollzug der gefassten Beschlüsse der Anleihegläubiger wird an die Bedingung geknüpft, dass der Restrukturierungsplan bestätigt worden ist. Umgekehrt wird der Restrukturierungsplan die Bedingung (§ 62 StaRUG) enthalten, dass dieser erst dann zu bestätigen ist, wenn die Beschlüsse nach dem SchVG wirksam gefasst worden sind.

Fazit

Ob eine Anleiherestrukturierung nach StaRUG oder SchVG zielführender ist, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Wesentliche Aspekte sind dabei, ob die

§§ 5 ff. SchVG für die Anleihe überhaupt anwendbar sind, welche Zustimmungsquoten erwartet werden, wie sich die Gläubigergruppen des Restrukturierungsplans zusammensetzen und wie dort die Stimmen bzw. Forderungen verteilt sind. Entscheidungserheblich wird regelmäßig auch sein, ob bereits ein gemeinsamer Vertreter bestellt worden ist.

In einem StaRUG-Verfahren ist die Wahl des gemeinsamen Vertreters u.E. der Schlüssel zum Umgang mit der Gruppe der Anleihegläubiger. Dessen Wahl kann im StaRUG-Verfahren mit der einfachen Mehrheit der präsenten Anleihegläubiger erfolgen. Wenn der gemeinsame Vertreter den von der Schuldnerin vorgelegten Restrukturierungsplan unterstützt, erhöht dies seine Umsetzungswahrscheinlichkeit ganz erheblich. ■



Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach Insolvenzreife – Das scharfe Schwert des § 15b InsO



Dr. Alexandra Schluck-Amend
Rechtsanwältin,
CMS Hasche Sigle
Partnerschaft von Rechtsanwälten
und Steuerberatern mbB



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

Energiekrise, Inflation und drohende Rezession: Die aktuelle wirtschaftliche Situation stellt Geschäftsführer vor neue Herausforderungen. Kann ein Liquiditätsengpass oder eine finanzielle Krise nicht rechtzeitig überwunden werden, so hat dies die Insolvenz des Unternehmens zur Folge. Neben den zahlreichen Themen, die eine Unternehmensinsolvenz mit sich bringt, erweist sich für Geschäftsführer die persönliche Haftung nach § 15b InsO meist als besonders herausfordernd.

§ 15b InsO im Überblick

§ 15b InsO regelt die Haftung von Geschäftsführern für Zahlungen aus dem Unternehmensvermögen, die nach Insolvenzreife erfolgt sind. Der Begriff Insolvenzreife umfasst die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung. Die Geschäftsführer haften für sämtliche Zahlungen ab deren Eintritt persönlich mit ihrem Privatvermögen.

Die Vorschrift sanktioniert zum einen Geschäftsführerfehlverhalten in der Vergangenheit und dient zum anderen der Mehrung der Insolvenzmasse. Da sich Zahlungen auch im Krisenstadium schnell aufsummieren und die Massemehrung eine der Kernpflichten des Insolvenzverwalters darstellt, sehen sich Geschäftsführer nicht selten erheblichen Haftungssummen ausgesetzt, die von einer D&O-Versicherung nicht immer vollständig abgedeckt sind.

Geeignete Vorsorgemaßnahmen können jedoch dazu beitragen, die bestehenden Haftungsrisiken zu minimieren. Dabei gilt es vor allem, die wichtigsten Gefahrenquellen zu verstehen und im Blick zu behalten.

Gefahrenquelle 1: Erkennen der Insolvenzreife

Die erste Gefahrenquelle für Geschäftsführer liegt im Erkennen der Insolvenzreife des Unternehmens.

Insolvenzreife liegt vor, wenn das Unternehmen entweder zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Zahlungsunfähigkeit bedeutet dabei die Unfähigkeit, sämtliche Verbindlichkeiten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu bedienen. In diesem Zusammenhang kann auch eine temporäre Liquiditätsunterdeckung problematisch werden. Wenngleich diese grundsätzlich beseitigt werden kann, so muss die Beseitigung nachhaltig sein. Lassen sich wirtschaftliche Entwicklungen nicht mit der erforderlichen Sicherheit voraussagen, so steht diese Nachhaltigkeit in Frage und wird im Rückblick häufig verneint.

Während die Zahlungsunfähigkeit meist schnell erkannt wird, gestaltet sich dies bei der Überschuldung deutlich schwieriger. Die Überschuldung liegt vor, wenn im Liquidationsszenario das Unternehmensvermögen die Verbindlichkeiten nicht mehr deckt und keine positive Fortführungsprognose gegeben ist. Die Fortführungsprognose setzt unter anderem eine Durchfinanzierung in den folgenden 12 Monaten voraus, was in wirtschaftlich turbulenten Zeiten durchaus schwierig abzusehen sein kann. Um der aktuellen Situation auf den Energie- und Rohstoffmärkten Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber den Prognosezeitraum zwar temporär bis 31. Dezember 2023 auf vier Monate verkürzt, doch auch bei einem kürzeren Prognosezeitraum können sich in wirtschaftlich volatilen Zeiten Planungsschwierigkeiten ergeben.

Eine Sonderstellung im Rahmen des § 15b InsO nehmen Zahlungen an den Gesellschafter ein. Denn sie lösen die persönliche Haftung der Geschäftsführer auch dann aus, wenn das Unternehmen im Zahlungszeitpunkt solvent war, die Zahlungen aber unweigerlich zur Insolvenzreife führen mussten. Umstritten ist dabei noch immer, wie lange eine Zahlung zurückliegen muss, sodass sie nicht zur Insolvenzreife geführt haben kann.

Gefahrenquelle 2: Der Zahlungsbegriff

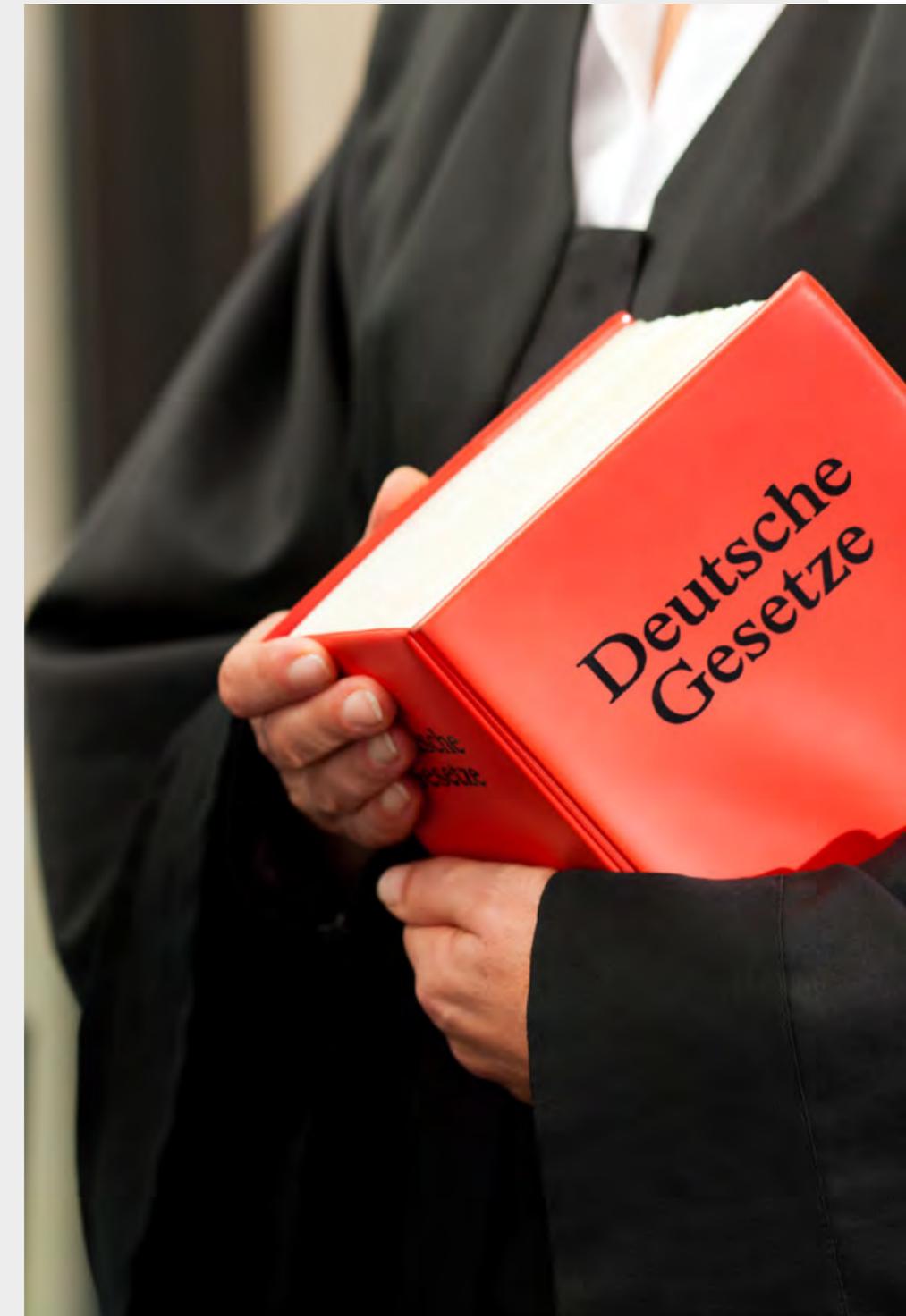
Der Begriff der Zahlung im Sinne des § 15b InsO ist mit Blick auf die Zielsetzung der Vorschrift weit zu verstehen. Er umfasst nicht nur klassische Zahlungen in Bar- oder Buchgeld, sondern auch andere masseschmälernde Leistungen. Dazu zählen insbesondere Verrechnungen mit Forderungen gegen die Gesellschaft, Zahlungseingänge auf debitorischen Konten oder auch die Übereignung von Waren.

Die Zahlungen müssen nicht zwingend von den Geschäftsführern unmittelbar veranlasst worden sein. Vielmehr gelten Zahlungen, die mit ihrem Wissen und Willen erfolgt sind und die hätten verhindert werden können, als von den Geschäftsführern veranlasst. Eine bloße Ressortverteilung innerhalb der Geschäftsführung schützt ebenso wie bloße Unkenntnis aufgrund der umfassenden Überwachungspflichten in der Krise in der Regel nicht.

Gefahrenquelle 3: Vermutetes Verschulden

§ 15b InsO geht grundsätzlich von einem Verschulden des Geschäftsführers aus. Dieser kann sich jedoch von der Haftung befreien, indem er nachweist, dass die Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar war. Dies ist in der Regel der Fall, wenn die Frist zur Stellung eines Insolvenzantrags noch nicht abgelaufen ist und ernsthafte Sanierungsmaßnahmen ergriffen oder ein Insolvenzantrag vorbereitet wird.

Rückblickend stellt sich hier neben dem genauen Zeitpunkt der Insolvenzreife oftmals die Frage, ob die ergriffenen Maßnahmen, sei es zur Sanierung oder zur Vorbereitung eines Insolvenzverfahrens, ausreichend konkret waren. Da § 15b InsO für Geschäftsführer erst relevant wird, wenn die Sanierungsbemühungen gescheitert sind, wird dies im Nachgang meist angezweifelt. Hinzu kommt, dass sich Geschäftsführer oftmals Nachweisproblemen ausgesetzt sehen, wenn es an einer ausreichenden Dokumentation der getroffenen Einschätzungen und Maßnahmen fehlt.



Risikominimierung durch engmaschiges Monitoring und ausreichende Dokumentation

Wenngleich die Haftung nach § 15b InsO für Geschäftsführer noch immer ein scharfes Schwert darstellt, so lassen sich die Risiken dennoch mit entsprechenden Maßnahmen minimieren. Entscheidend ist dabei das richtige Problembewusstsein im Vorfeld der Insolvenz.

Um der ersten Gefahrenquelle zu begegnen, sollte ein umfassendes und engmaschiges Monitoring etabliert werden, um die finanzielle Situation des Unternehmens regelmäßig zu überwachen. Nur so ist gewährleistet, dass sich anbahnende Liquiditätsengpässe rechtzeitig erkannt und entsprechende Sanierungsmaßnahmen eingeleitet werden können. Dieses Monitoring sollte neben der Überwachung der Zahlungsströme in Geld mit Blick auf die zweite Gefahrenquelle auch andere Vermögensminderungen umfassen.

Hinsichtlich der dritten Gefahrenquelle sollten sowohl die finanzielle Situation des Unternehmens als auch die Maßnahmen der Geschäftsführung ausreichend dokumentiert werden, um etwaigen Nachweisproblemen vorzubeugen. Denn im Nachgang kann es darauf ankommen, ausreichende Sanierungsmaßnahmen oder den konkreten Lauf der Insolvenzantragsfristen zu belegen. Expertenrat wie beispielsweise die Plausibilisierung der Planung durch einen Wirtschaftsprüfer kann zusätzliche Sicherheit bieten. ■

Zahlungsunfähig oder (noch) nicht? Wie Geschäftsleiter Haftungsrisiken erkennen und vermeiden



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



Thomas Dömmecke LL.M.
Rechtsanwalt,
Schultze & Braun GmbH
Rechtsanwalts-gesellschaft

Angesichts der wirtschaftlichen Auswirkungen der Vielzahl an Krisen, die sich die Klinke in die Hand geben, und der inzwischen durchaus restriktiveren Kreditvergabe der Banken sollten sich Geschäftsleiter – so hart das zunächst klingen mag – regelmäßig mit der Frage „Ist mein Unternehmen zahlungsunfähig oder (noch) nicht?“ befassen. Handelt es sich doch bei der Zahlungsunfähigkeit um einen Insolvenzgrund, bei dem die Insolvenzantragspflicht greift. Die Antwort hat für Geschäftsleiter aber auch in Bezug auf ihre persönliche Haftung eine große Bedeutung.

Kann ein Unternehmen seine fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen, liegt Zahlungsunfähigkeit vor – bislang der mit Abstand häufigste Grund für Insolvenzanträge. Fakt ist: Ein Geschäftsleiter ist in einem solchen Fall dazu verpflichtet, innerhalb der gesetzlichen Frist – in der Regel drei Wochen – einen Insolvenzantrag zu stellen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang: Die Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit gilt auch nach den am 9. November 2022 in Kraft getretenen Änderungen im Insolvenzrecht (siehe Kastentext „Änderungen im Insolvenzrecht aufgrund der Energie- und Wirtschaftskrise“) uneingeschränkt weiter.

Für Geschäftsleiter, aber auch für Insolvenzverwalter (siehe auch Abschnitt Vereinfachte Methoden mit Risiken), ist besonders der Zeitpunkt relevant, in dem die Zahlungsunfähigkeit eintritt. Denn unter Umständen haften sie für Zahlungen nach diesem Zeitpunkt mit ihrem gesamten Privatvermögen, und im Fall der Fälle liegt sogar eine strafbare Insolvenzverschleppung vor.

Eine Frage der Methode

Doch ab wann ist ein Unternehmen eigentlich zahlungsunfähig? Das lässt sich mit der sogenannten erweiterten Liquiditätsbilanz feststellen, die als Methode seit inzwischen fast 20 Jahren etabliert ist und deren Berechnung in zwei Schritten erfolgt:

- Zu einem Stichtag werden den vorhandenen Geldmitteln (einschließlich Kreditlinien) und den Geldern, die dem Unternehmen noch an diesem Tag zufließen können, die zu diesem Stichtag fälligen Verbindlichkeiten gegenübergestellt.
- Decken die vorhandenen Geldmittel die fälligen Verbindlichkeiten nicht zu mindestens 90 Prozent, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob diese Unterdeckung innerhalb der folgenden drei Wochen beseitigt werden kann. Dazu werden die voraussichtlichen Einnahmen der nächsten drei Wochen und die Verbindlichkeiten, die in diesem Zeitraum fällig werden, jeweils hinzugerechnet. Wichtig ist allerdings, dass Warenvorräte und teilfertige Leistungen bei der Berechnung nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie als einzugsfähige Forderungen einem Kunden in Rechnung gestellt worden sind und eine Zahlung des Kunden in den drei Wochen zu erwarten ist.

Bleibt die Unterdeckung (Geldmittel decken die Verbindlichkeiten nicht vollständig ab) auch nach dem zweiten Schritt bestehen, kann die Liquiditätslücke also nicht vollständig geschlossen werden, ist das Unternehmen zum Stichtag zahlungsunfähig.

Die beiden dargestellten Schritte zeigen, wie wichtig einerseits die zügige Rechnungsstellung für erbrachte Leistungen oder gelieferte Waren ist und dass andererseits bei der Antwort auf die Frage „Zahlungsunfähig oder (noch) nicht?“ durchaus professionelle Hilfe zu Rate gezogen werden sollte, damit Geschäftsleiter das Risiko einer persönlichen Haftung für sich reduzieren.

Vereinfachte Methoden mit Risiken

Ein solches Risiko droht mitunter, wenn Geschäftsleiter zu vereinfachten Methoden greifen, die sich aus neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ergeben.

Der BGH hat nämlich in zwei Entscheidungen aus 2022 – in denen die Karlsruher Richter das Thema aus dem Blickwinkel eines Insolvenzverwalters betrachten, der gegen den Geschäftsleiter eines insolventen Unternehmens geklagt hatte – klargestellt, dass die vorstehend beschriebene, etablierte

Methode nicht der einzige Weg ist, festzustellen, ob ein Unternehmen zahlungsfähig ist oder nicht. In einer ersten Entscheidung hat er es als grundsätzlich ausreichend angesehen, wenn der klagende Insolvenzverwalter zunächst auf einen Stichtag eine Deckungslücke ermittelt und sodann für den folgenden Dreiwochenzeitraum taggenau die Ein- und Auszahlungen gegenüberstellt und so darlegt, dass die Lücke nicht geschlossen werden kann.

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH sodann wiederum dem klagenden Insolvenzverwalter die Möglichkeit eingeräumt, die Insolvenzreife wegen Zahlungsunfähigkeit durch eine „Vier-Stichtage-Liquiditätsbetrachtung“ zu belegen. Dabei ermittelt der Insolvenzverwalter für einen ersten Stichtag, dass die fälligen Verbindlichkeiten nicht gedeckt sind. Sodann prüft er die Liquidität an drei weiteren Stichtagen innerhalb der folgenden drei Wochen. Ist die Deckungslücke an keinen der drei Folgetermine geschlossen, bestand schon zum ersten Stichtag Zahlungsunfähigkeit.

Trügerische Sicherheit

Die Darlegung der Zahlungsunfähigkeit ist damit für einen Insolvenzverwalter deutlich erleichtert. Die vereinfachten Methoden sind jedoch denkbar ungeeignet, um als Geschäftsleiter im lebenden Unternehmen eine Prognose zu treffen, ob das Unternehmen aktuell in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen. Denn sie zeigen immer erst rückblickend, ob der Geschäftsleiter eventuell bereits vor drei Wochen Insolvenzantrag hätte stellen müssen. Gerade die „Vier-Stichtage-Liquiditätsbetrachtung“ vermittelt unter Umständen selbst dann eine trügerische Sicherheit, wenn der Geschäftsleiter an den Stichtagen ausreichende Liquidität festgestellt hat. Denn muss das Unternehmen später doch noch einen Insolvenzantrag stellen, findet der Insolvenzverwalter unter Umständen andere Stichtage, an denen das Geld nicht gereicht hat und das Unternehmen bereits zahlungsunfähig war.

Es zeigt sich: Für einen Insolvenzverwalter, der in einem Prozess nur belegen muss, dass das Unternehmen insolvenzreif ist, sind die vereinfachten Methoden eine Erleichterung. Für einen Geschäftsleiter, der aktiv wissen muss, ob er Insolvenzantrag stellen muss, sind sie es hingegen nicht.

Strafbare Insolvenzverschleppung

Da die Frist für das Stellen eines Insolvenzantrages lediglich drei Wochen ab dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit beträgt, kann es sein, dass der Geschäftsleiter erst am letzten Tag der Frist erfährt, dass er zur Vermeidung von strafrechtlicher (Insolvenzverschleppung) und zivilrechtlicher Haftung noch an diesem Tag einen Insolvenzantrag stellen muss.

Dabei ist für die weitreichende Haftung nach § 15b der Insolvenzordnung bereits der erste Tag der Insolvenzreife entscheidend. [Weitere Informationen zur Geschäftsleiterhaftung nach § 15b der Insolvenzordnung erhalten Sie im Beitrag der Autoren im Jahrbuch „GmbH-Geschäftsführung 2022“, das Sie hier kostenfrei herunterladen können: <https://live.handelsblatt.com/e-book-gmbh-geschaeftsfuehrung-2022/1>]

Finanzierung langfristig planen

Getreu dem Motto „Die beste Zahlungsunfähigkeit ist die, die nie eintritt!“ zeigen die Haftungsrisiken für Geschäftsleiter auch, wie wichtig es ist, die Finanzierung des Unternehmens langfristig zu planen – gerade auch angesichts der weiter steigenden Zinsen und der restriktiveren Kreditvergabe vieler Banken.

Vor allem ist es wichtig, dass Kapital und Vermögen des Unternehmens zeitlich aufeinander abgestimmt sind: Langfristig gebundenes Anlagevermögen sollte durch langfristiges Eigen- oder Fremdkapital gedeckt sein. Denn das Eigenkapital eines Unternehmens dient nicht nur zur Deckung von Verlusten und zur Erfüllung seiner Haftungsfunktion, sondern auch zur Finanzierung neuer Geschäftsaktivitäten wie der Erweiterung des Angebots, der Anpassung an veränderte Kundenbedürfnisse und Markterfordernisse oder der Restrukturierung und Aktualisierung des Geschäftsmodells.

Die Kontrolle behalten

Unternehmer und Geschäftsleiter, die ihr Geschäftsmodell anpassen müssen, um künftig erfolgreich zu sein, sollten auch eine Neuaufstellung mit Hilfe der Instrumente des Sanierungsrechts zumindest als Option sehen. Verfahren wie die außerinsolvenzliche Restrukturierung (StaRUG), die Sanierung in eigener Regie (Eigenverwaltung) und das Schutzschirmverfahren ermöglichen es ihnen, die Kontrolle über ihr Unternehmen während der Sanierung und Neuaufstellung zu behalten.

Wichtig ist: Auch ein Insolvenzantrag bedeutet nicht, dass die Geschichte eines Unternehmens damit endet. Ein rechtzeitiger Insolvenzantrag kann – vor allem, wenn er professionell vorbereitet ist – vielmehr die Chance auf einen Neuanfang darstellen. Das gilt für das sogenannte Regelverfahren, aber gerade auch für eine Sanierung in Eigenverwaltung oder in einem Schutzschirmverfahren.

Das bestätigt auch unsere Untersuchung, in der wir die Nachhaltigkeit von Unternehmenssanierungen anhand von sogenannten Zweitinsolvenzen unter die Lupe genommen haben. Zentrales Ergebnis der Untersuchung ist, dass sowohl Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren als auch Regelinsolvenzverfahren für erfolgreiche und nachhaltige Unternehmenssanierungen stehen. [Weitere Informationen zur Untersuchung und die Ergebnisse sind auf www.nachhaltige-unternehmenssanierung.de abrufbar]

Kein Schema F – unterschiedliche Sanierungsoptionen prüfen

Jedes Unternehmen ist von der aktuellen Multi-Dauerkrise unterschiedlich betroffen. Entscheidend ist jedoch für alle, Risiken möglichst frühzeitig zu erkennen und ihnen so frühzeitig wie möglich durch Restrukturierungsmaßnahmen zu begegnen und entgegenzuwirken.

Bei finanziellen Schwierigkeiten ist zunächst immer der Versuch einer außergerichtlichen Sanierung sinnvoll. Dies erfordert jedoch oft schwierige Verhandlungen mit den Gläubigern, die regelmäßig alle dem Sanierungskonzept zustimmen müssen. Stimmt auch nur ein Gläubiger nicht zu, kann es schwierig werden, auf diesem Weg eine Lösung zu finden.



In einem solchen Fall stehen Geschäftsleitern verschiedene Optionen zur Verfügung: Ist die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens gesichert, gibt es seit dem 1. Januar 2021 die Möglichkeit einer Restrukturierung nach dem Unternehmensstabilisierungs- und -Sanierungsgesetz, kurz StaRUG. Dies kann ein erfolgversprechender Schritt sein, da im StaRUG-Verfahren nur noch drei Viertel der Gläubiger dem Restrukturierungsplan zustimmen müssen. Mit dem StaRUG kann ein Unternehmen sich mit einem angepassten Finanzplan außerhalb eines Insolvenzverfahrens und unter Ausschluss der Öffentlichkeit neu auszurichten.

Kommt das StaRUG nicht in Betracht, weil das Unternehmen seine Zahlungsfähigkeit nicht (mehr) sicherstellen kann, stehen mit dem Schutzschirmverfahren, der Eigenverwaltung (Sanierung in eigener Regie), aber auch mit der Regelinsolvenz weitere Sanierungsverfahren zur Verfügung. Allerdings ist die Antwort auf die Frage „Ist die Zahlungsunfähigkeit in meinem Unternehmen bereits eingetreten?“ nicht nur mit dem Blick auf eine mögliche Haftung, sondern auch bei einer vorinsolvenzlichen StaRUG-Restrukturierung und bei einem Schutzschirmverfahren entscheidend. Beide Verfahren können Unternehmen nur dann beantragen, wenn ihnen die Zahlungsunfähigkeit nur droht, sie aber noch nicht eingetreten ist.

Unabhängig davon ob ein Unternehmen sich über eine StaRUG-Restrukturierung, ein Eigenverwaltungs-, ein Schutzschirm- oder ein Regelinsolvenzverfahren sanieren möchte, sollten die Verantwortlichen eine Restrukturierung oder Sanierung so früh wie möglich angehen – also, wenn sie noch Reserven haben – und nicht abwarten und ihre Hoffnung auf eine baldige Besserung der wirtschaftlichen Gesamtsituation setzen. Es bestehen dann bessere Chancen auf einen erfolgreichen und nachhaltigen Ausgang – und ein Geschäftsleiter reduziert für sich das Risiko einer persönlichen finanziellen Haftung.

Änderungen im Insolvenzrecht aufgrund der Energie- und Wirtschaftskrise

Unternehmen stehen derzeit branchenübergreifend vor einer Vielzahl von Herausforderungen. Die Krisen geben sich quasi die Klinke in die Hand und die Preise für Energie und Rohstoffe kennen derzeit eigentlich nur eine Richtung – nach oben, wenn Rohstoffe und Materialien überhaupt verfügbar sind. Das führt dazu, dass Planungssicherheit fehlt. Das kommende Geschäft ist für viele Unternehmen nur noch eingeschränkt und über einen weitaus kürzeren Zeitraum als bislang planbar. Der Gesetzgeber hat deshalb zum 9. November 2022 (SanInsKG) Erleichterungen bei der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung und beim Zugang zu den Sanierungsverfahren geschaffen:

- Der Zeitraum für die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose wird von zwölf auf vier Monate herabgesetzt. Auf diese Weise wird die Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung gelockert.
- Wichtig ist aber: An der Insolvenzantragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit – bislang mit Abstand der häufigste Grund für Unternehmensinsolvenzen – ändert das SanInsKG nichts. Hier bleibt es

dabei, dass spätestens nach drei Wochen Insolvenzantrag zu stellen ist.

- Die Höchstfrist für die Stellung eines Insolvenzantrags wegen Überschuldung ist von sechs auf acht Wochen erhöht worden. So soll Unternehmen etwas mehr Zeit für den Versuch einer außerinsolvenzlichen Restrukturierung (StaRUG) verschafft werden. Aber: Insolvenzanträge müssen weiterhin innerhalb der vorgegebenen Frist gestellt werden. Die Frist darf nicht ausgeschöpft werden, wenn zu einem früheren Zeitpunkt bereits feststeht, dass eine nachhaltige Beseitigung der Überschuldung nicht erwartet werden kann.
- Die Regelungen des SanInsKG gelten bis zum 31. Dezember 2023. Doch bereits ab dem 1. September 2023 kann der ursprüngliche Prognosezeitraum von zwölf Monaten wieder relevant werden. Wenn für ein Unternehmen weniger als vier Monate vor dem Jahresende 2023 feststeht, dass es unmittelbar nach Ablauf der vorübergehenden Änderungen unter dem dann wieder maßgeblichen Überschuldungsbegriff überschuldet sein wird, kann dieser Befund für die Fortführungsprognose relevant sein.
- Angepasst wurden auch die Planungszeiträume für Eigenverwaltungs- und Restrukturierungsvorhaben (StaRUG).

Unternehmen mussten bei solchen Vorhaben bislang Finanzpläne vorlegen, aus denen sich für einen Zeitraum von sechs Monaten ergibt, dass das Unternehmen durchfinanziert ist. Dabei müssen Einnahmen und Ausgaben des laufenden Geschäftsbetriebes genauso wie die Sanierungs- und Verfahrenskosten berücksichtigt werden. Die Planungszeiträume für die Erstellung von Eigenverwaltungs- und Restrukturierungsplanungen sind mit dem SanInsKG bis zum 31. Dezember 2023 von sechs auf vier Monate herabgesetzt worden.

Sozialversicherungsbeiträge sind keine Steuern: Warum eine Amtsgerichts-Entscheidung große Bedeutung für die Geschäftsleiterhaftung hat

Mitte Dezember 2022 hat das Amtsgericht Ludwigshafen mit einer Entscheidung (3a IN 389/22) ein Schlaglicht auf das Minenfeld der Geschäftsleiterhaftung für Zahlungen nach Insolvenzreife geworfen. Auch wenn es sich dabei „nur“ um eine Amtsgerichts-Entscheidung handelt, ist sie von großer Bedeutung.

Der Gesetzgeber wusste vom Dilemma der Geschäftsleiter

Denn anders als von vielen angenommen, stellt das Amtsgericht in seiner Entscheidung klar: Die gesetzliche Ausnahmeregelung für Steuerzahlungen in § 15b der Insolvenzordnung, den Regelungen zur Geschäftsleiterhaftung, gilt nicht auch für Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung – und das nicht obwohl, sondern gerade weil der Gesetzgeber aus Sicht des Amtsgerichts von dem Dilemma wusste, vor dem Geschäftsleiter einer insolvenzreifen Gesellschaft in Bezug auf Steuern und Sozialversicherungsbeiträge stehen.

Oder anders formuliert: Sozialversicherungsbeiträge sind keine Steuern – und dessen müssen sich Geschäftsleiter in der Krise ihres Unternehmens bewusst sein. Der Gesetzgeber – so das Amtsgericht Ludwigshafen – wollte das Haftungs-Dilemma der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung mit dem 2022 geschaffenen steuerrechtlichen Ausweg (§ 15b Abs. 8 InsO) offenbar gerade nicht mitregeln.

Rote Fahne im Minenfeld

Mit seiner Entscheidung gibt das Gericht bei der Geschäftsleiterhaftung eine erste Richtung bei der Anwendbarkeit der Neuregelung in der Insolvenzordnung vor. Bleibt man beim Bild des Minenfelds, setzt das Amtsgericht eine erste wichtige rote Fahne als Hinweis für die Geschäftsleiter. Sie sitzen, was die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung betrifft, also immer noch zwischen den Stühlen und stehen weiterhin vor dem Sozialversicherungs-Haftungsdilemma.

Das Sozialversicherungs-Haftungsdilemma

Im Zusammenhang mit dem Sozialversicherungs-Haftungsdilemma spielen die grundsätzlichen Haftungsrisiken für Geschäftsleiter in der Krise des Unternehmens eine wichtige Rolle: Geschäftsleiter haften nach § 15b der Insolvenzordnung grundsätzlich für Zahlungen der Gesellschaft nach Insolvenzreife. Begleitet die insolvente Gesellschaft also eine berechtigte offene Verbindlichkeit, kann ein später eingesetzter Insolvenzverwalter vom Geschäftsleiter verlangen, dass er den Betrag erstattet – und das aus eigener Tasche. Eine solche Haftung kann sehr schnell existenzbedrohende Ausmaße annehmen. Einerseits darf der Geschäftsleiter also keine Zahlungen mehr ausführen oder ausführen lassen. Andererseits ist er jedoch nach Steuerrecht und Sozialversicherungsrecht für die pünktlichen Abgaben an Fiskus und Sozialversicherung verantwortlich und auch hierfür persönlich haftbar – es ist also durchaus die Wahl zwischen Pest und Cholera.

Steuerrechtlicher Ausweg – für Sozialversicherungsbeiträge gesperrt

Wenn ein Geschäftsleiter Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nicht abführt, droht ihm sogar ein Strafverfahren. Bei der Verletzung steuerrechtlicher Abführungspflichten drohte ihm zudem ein Ordnungswidrigkeitsverfahren. Im steuerlichen Bereich ist die Vergangenheitsform „drohte“ allerdings die richtige. Denn der Gesetzgeber hat 2022 mit § 15b Abs. 8 InsO zumindest einen steuerrechtlichen Ausweg geschaffen. Danach haftet der Geschäftsleiter dann nicht nach steuerrechtlichen Vorschriften, wenn er fällige Zahlungen an den Fiskus unterlässt, aber noch rechtzeitig Insolvenzantrag stellt.

Der Annahme, diese Ausnahme zugunsten des Geschäftsleiters sei auch auf seine sozialversicherungsrechtlichen Pflichten anzuwenden, hat nun aber das Amtsgericht Ludwigshafen mit seiner Entscheidung eine Absage erteilt, indem es auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut verweist. Dieses Argument ist stichhaltig und kann stilbildend für weitere Entscheidungen sein.

Schlaglicht auf die Geschäftsführerhaftung: BGH-Entscheidung verschärft die Haftung für GmbH-Geschäftsführer in einer Kommanditgesellschaft deutlich

Die Kommanditgesellschaft (KG) ist, etwa als GmbH & Co.KG, eine weitverbreitete Gesellschaftsform. Anders als in einer Kapitalgesellschaft (z. B. GmbH oder AG) gibt es immer mindestens einen persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter, den Komplementär. Da er mit seinem gesamten Vermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, fällt ihm nach dem Handelsgesetzbuch auch allein die Geschäftsführungsbefugnis zu. Daneben stehen die Kommanditisten, deren Haftung auf ihre jeweilige Einlage begrenzt ist. Im Gegenzug sind sie durch Gesetz von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Um das Haftungsrisiko für den Komplementär zu begrenzen, wird dessen Position typischerweise mit einer GmbH besetzt, die ja nur mit ihrem (oftmals überschaubaren) Vermögen haftet. Die KG ist dann eine GmbH & Co. KG.

Der BGH hat in einer unlängst veröffentlichten Entscheidung nun gleich zwei Fragen mit großer Relevanz für Kommanditgesellschaften und die Geschäftsführer einer GmbH höchststrichterlich entschieden, die die Geschäfte in mehreren Kommanditgesellschaften führen. Eine solche Konstruktion ist etwa im Bereich geschlossener Fonds weit verbreitet:

- Kann abweichend von der gesetzlichen Regel auch ein Kommanditist anstelle des Komplementärs die Geschäfte führen?
- Wie wirkt es sich auf die Pflichten und die Haftung des Geschäftsführers einer die Geschäfte der Kommanditgesellschaft führenden GmbH aus, wenn die GmbH diese Stellung gleich bei mehreren KGs inne hat?

Auch Kommanditist kann die Geschäfte führen

Zunächst hat der BGH bestätigt, dass – anders als im Gesetz vorgesehen – auch der Komplementär von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden und ein Kommanditist an seine Stelle gesetzt werden kann. Hierzu bedarf es einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag. An der unbeschränkten Haftung des Komplementärs ändert dies aber nichts.

Deutlich erhöhtes Haftungsrisiko des Geschäftsführers

Die zweite Frage hat der BGH nun zum ersten Mal höchststrichterlich geklärt: Die Karlsruher Richter haben nun entschieden, dass der Geschäftsführer einer GmbH, die die Geschäfte mehrerer KGs führt, bei sorgfaltswidriger Geschäftsführung grundsätzlich persönlich von jeder einzelnen geschädigten KG in Anspruch genommen werden kann. Der BGH hat durch seine Klarstellung die Haftung der Geschäftsführer, die für zahlreiche KGs zuständig sind, deutlich verschärft.

Zum Hintergrund: Eine GmbH, die die Geschäfte einer KG führt, handelt durch ihre Geschäftsführer. Diese haften der GmbH nach Maßgabe des § 43 GmbHG gegenüber für Sorgfaltspflichtverletzungen. Es war anerkannt, dass diese GmbH-rechtliche Haftung dann auch auf eine KG ausgeweitet wird, wenn es alleinige Aufgabe der GmbH ist, deren Geschäfte zu führen. Die KG konnte sich in einem solchen Fall unmittelbar an den Geschäftsführer halten. Umstritten blieb bislang, ob der GmbH-Geschäftsführer auch dann haftet, wenn seine GmbH die Geschäfte mehrerer KGs führt und er in nur einer von ihnen sorgfaltswidrig einen Schaden verursacht.

Die nun ergangene Entscheidung des BGH ist gerade im Bereich geschlossener Fonds relevant. Dort ist es durchaus üblich, dass eine GmbH für die Geschäfte dutzender KGs zuständig ist.

Große Relevanz für Geschäftsführer und D&O-Versicherer

Für die betreffenden Geschäftsführer, aber auch für die Anbieter von D&O-Versicherungen, hat die Entscheidung des BGH große Relevanz. Das zeigt allein der Schadenersatz in Höhe von 200.000 Euro, zu dem der Geschäftsführer im Fall vor dem BGH (s.u.) verurteilt wurde. Der II. Senat hat mit seiner Entscheidung einmal mehr ein Schlaglicht auf die Haftungsrisiken von Geschäftsführern gerichtet.

Darlehen nicht ausreichend besichert

Im Fall, um den es vor dem BGH ging, hatte der Insolvenzverwalter einer GmbH & Co.KG gegen den Geschäftsführer der geschäftsführenden GmbH geklagt. Die GmbH & Co.KG hatte Anlegergelder eingeworben und diese einer inzwischen ebenfalls insolventen AG als Darlehen zur Verfügung gestellt, die mit den Darlehen wiederum Immobilien erwerben sollte. Im Darlehensvertrag war eine umfangreiche Besicherung vereinbart. Der Insolvenzverwalter der GmbH & Co.KG forderte unter anderem vom Geschäftsführer wegen einer Überweisung an die AG anteilig einen Schadensersatz in Höhe von 200.000 Euro. Denn zum Zeitpunkt der Überweisung war – entgegen den Bestimmungen im Darlehensvertrag – von den als Darlehen vergebenen Anlegergeldern in Höhe von etwa 38 Millionen Euro nur ein kleiner Teil werthaltig besichert worden. ■

Lücken und Tücken der D&O für ehrenamtliche Vereinsvorstände



Karin Baumeier, LL.M.
Rechtsanwältin,
Kanzlei Baumeier

Regelmäßig ist zu beobachten, dass GmbH-Geschäftsführer:innen neben ihrer Tätigkeit als Unternehmensleiter zusätzlich in ihrer Freizeit ehrenamtlich als Vereinsvorstand* tätig sind. Im April 2022 gab es in Deutschland über 615.700 registrierte Vereine.

1. Haftungssituation des Vereinsvorstands

Nach § 26 BGB ist der Vorstand gesetzlicher Vertreter des Vereins und vertritt ihn gerichtlich und außergerichtlich. Vielen Geschäftsführern ist nicht bewusst, dass sie sich mit diesem Ehrenamt der zusätzlichen Gefahr der Privatinsolvenz aussetzen. Denn die Haftung ist für die Tätigkeit als Vereinsvorstand der Höhe nach unbegrenzt genauso wie für die Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer. Steht die Haftung des Vereinsvorstands fest, dann hat dieser den entstandenen Schaden zu ersetzen. Wer also privat nicht über die nötigen finanziellen Mittel verfügt und keine D&O-Versicherung hat, setzt sich – je nach Höhe des Schadens – der Gefahr der Privatinsolvenz aus.

Für die Haftung ist stets eine Pflichtverletzung erforderlich. Welche Pflichten der Vorstand hat, hängt vom Zweck und der Größe des Vereins ab. Sie ergibt sich unter anderem aus der Satzung sowie den Beschlüssen der Mitgliederversammlung.

Bei der Haftung unterscheidet man zwischen Außenhaftungs- und Innenhaftungsansprüchen.

1.1 Außenhaftungsansprüche

Der Vereinsvorstand haftet unbegrenzt mit seinem Privatvermögen gemeinsam mit dem Verein als Gesamtschuldner gegenüber Dritten für entstandene Schäden. Der (außenstehende) Dritte kann also entscheiden, ob er Vorstand und Verein gemeinsam auf Schadensersatz in Anspruch nimmt oder nur einen von beiden. Eine Haftungsbeschränkung ist nicht möglich. Der Vereinsvorstand haftet damit schon für leichte Fahrlässigkeit zum Beispiel nach §§ 823 Abs. 1, 30 BGB.

1.2 Innenhaftungsansprüche

Der Vereinsvorstand haftet ebenfalls gegenüber dem Verein als juristische Person für die schuldhafte Verletzung seiner Interessenwahrnehmungspflichten gemäß § 27 Absatz 3, §§ 664 ff., 280 BGB. Macht der Verein Schadensersatzansprüche gegenüber seinem Vorstand geltend, spricht man von Innenhaftungsansprüchen. Die wichtigste Norm ist hierbei § 31a Absatz 1 BGB, die nur auf diese Innenhaftungsfälle anwendbar ist. Sie besagt, dass der Vereinsvorstand stets für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz haftet. Es handelt sich hierbei um eine gesetzliche Haftungsprivilegierung. Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit kommt nur in Betracht, wenn der Vereinsvorstand eine Vergütung von mehr als EUR 840,- erhält. In diesem Fall haftet der Vereinsvorstand also schon bei einer kleinen Unachtsamkeit unbegrenzt mit seinem Privatvermögen.

* Zwecks besserer Lesbarkeit wird nur von Vereinsvorstand gesprochen. Darunter fällt auch die weibliche Form und Diverse. Das gilt ebenfalls für die Bezeichnung Unternehmensleiter und Geschäftsführer.



Zur Klarstellung: Wenn der Vereinsvorstand haftet, gleich ob erst ab grober Fahrlässigkeit oder schon bei leichter Fahrlässigkeit, dann stets mit seinem Privatvermögen der Höhe nach unbegrenzt.

2. Versicherungsschutz über D&O

Weil es sich bei der Pflichtverletzung des Vereinsvorstands in der Regel um eine organschaftliche Pflichtverletzung handelt, kann dieses Risiko ausschließlich mit einer sogenannten D&O-Versicherung abgesichert werden. Andere Versicherungen schließen organschaftliche Pflichtverletzungen grundsätzlich aus.

Es handelt sich bei der D&O um eine spezielle Berufshaftpflichtversicherung für Organe, auch Managerhaftpflichtversicherung genannt. Der Versicherungsfall wird dadurch ausgelöst, dass ein Organ wie zum Beispiel ein GmbH-Geschäftsführer oder ein Vereinsvorstand erstmalig wegen einer Pflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird (= Anspruchserhebungsprinzip). Ca. 90 % aller D&O-Schadenfälle werden durch Innenhaftungsansprüche ausgelöst. Zu beachten ist, dass die D&O in der Regel nur Vermögensschäden absichert. Das sind alle Schäden, die nicht Personen- oder Sachschäden sind. Für letztere kommt eine Absicherung über eine Vereinshaftpflichtversicherung in Betracht.

Wird der Versicherungsfall ausgelöst, erhält der Vereinsvorstand (bzw. der GmbH-Geschäftsführer) Versicherungsschutz. Diese umfassen im Rahmen der jeweils geltenden Bedingungen die Prüfung der Haftpflichtfrage, die außergerichtliche und gerichtliche Abwehr von Ansprüchen sowie die Freistellung von begründeten Ansprüchen.

3. Erforderliche „Vereins“-Klauseln

Ein Vereinsvorstand trägt spezielle vereinstypische Haftungsrisiken, die sich von denen des GmbH-Geschäftsführers unterscheiden. Nachfolgende Klauseln sind von besonderer Relevanz:

3.1 Eigenschadendeckungsklausel

Die D&O setzt stets eine Haftung der versicherten Person voraus. Haftet der Vereinsvorstand wegen § 31a BGB nicht bei leichter Fahrlässigkeit und entfällt deshalb die Haftung, gewährt die D&O in der Regel keinen Versicherungsschutz.

In der Praxis ist dieses Ergebnis häufig unbefriedigend, da nur wegen der gesetzlichen Haftungsprivilegierung die D&O den Schaden nicht ausgleicht, der ja tatsächlich durch eine Pflichtverletzung entstanden ist. Um diese Deckungslücke zu schließen, ist in einigen Bedingungen die „Eigenschadendeckungsklausel“ geregelt. Sie durchbricht den Grundsatz „Ohne Haftung keine Deckung“ und ermöglicht eine Regulierung des Schadens, obwohl der Vereinsvorstand nicht haftet. In der Regel wird nur ein Teil der Versicherungssumme zur Verfügung gestellt, sogenanntes Sublimit.

3.2 Organisationsrechtsschutz

Ebenfalls sollte auf den Baustein Organisationsrechtsschutz geachtet werden. Für den Fall der Aberkennung der Gemeinnützigkeit nach §§ 51 ff., 63 AO gewährt der Versicherer im Rahmen der Bedingungen dann Abwehrkosten. Ohne diese Klausel gibt es ansonsten keinen Versicherungsschutz.

4. Wege der Absicherung

Für den Vereinsvorstand gibt es drei Wege, sich mit einer D&O vor dem Risiko der Privatinsolvenz abzusichern, wobei alle Wege sowohl alternativ wie auch kumulativ möglich sind.

1. Weg: Fremdmandat im Rahmen der GmbH-D&O-Versicherung

Ist der GmbH-Geschäftsführer bereits über eine Unternehmens-D&O abgesichert, kann seine Vorstandstätigkeit für einen Verein als Drittorganisation als sogenanntes Fremdmandat im Rahmen dieser GmbH-D&O bereits mitversichert sein oder möglicherweise mitversichert werden. Hier kommt es auf die genaue Regelung in den jeweils geltenden Bedingungen an. Die Mitversicherung kann davon abhängen, dass das Fremdmandat auf Veranlassung oder im Interesse der GmbH wahrgenommen wird oder dass die Drittorganisation (Verein) gemeinnützig ist. Häufig wird für dieses Fremdmandat nur ein Sublimit gewährt. Es gibt jedoch auch Versicherer, die die volle Versicherungssumme anbieten. In der Regel ist eine Mitversicherung ohne Prämienhöhung möglich.

Als GmbH-Geschäftsführer muss man sich jedoch im Klaren sein, dass mit der Mitversicherung des Fremdmandats als Vereinsvorstand ein Teil der Versicherungssumme für einen „Nebenschauplatz“ verbraucht werden kann. Dieses Risiko erhöht sich, wenn die o.g. Eigenschadendeckungsklausel Anwendung findet. Obwohl der Vereinsvorstand wegen leichter Fahrlässigkeit nicht haftet, wird trotzdem ein Teil der Versicherungssumme im Rahmen der jeweiligen Bedingungen für den Schadenausgleich zur Verfügung gestellt. Wird in derselben Versicherungsperiode – worst-case-Szenario – der GmbH-Geschäftsführer auf Schadensersatz in Anspruch genommen, besteht die Gefahr, dass die Versicherungssumme dann nicht mehr für die gesamte Schadenabwehr und -regulierung ausreicht. Die Abwehrkosten reduzieren die Versicherungssumme. Nur die Differenz

steht für den Schadenausgleich zur Verfügung. Relevant ist hierbei, dass im Schnitt zwei bis drei Manager gleichzeitig in Anspruch genommen werden, was die Abwehrkosten entsprechend in die Höhe treibt.

2. Weg: Vereins-D&O-Versicherung

Inzwischen gibt es eine Vielzahl von Angeboten für eine Vereins-D&O. Diese hat den Vorteil, dass sie in der Regel bereits die speziellen Haftungsgefahren eines Vereinsvorstands berücksichtigt wie zum Beispiel den Baustein Organisationsrechtsschutz.

Falls eine Vereins-D&O **zusätzlich zum versicherten Fremdmandat** in der GmbH-D&O abgeschlossen wird, ist darauf zu achten, dass im Rahmen der jeweiligen Subsidiaritätsklausel klar geregelt ist, welcher Versicherer im Schadenfall zuerst leistungspflichtig ist. Soll die speziellere Versicherung gelten oder die, die zeitlich früher abgeschlossen wurde? Oder soll stets „die andere Versicherung“ zuerst leistungspflichtig sein? Wenn sich die Klauseln widersprechen, ist eine klärende Kommunikation mit der Versicherung zu empfehlen, bevor ein Schadenfall eintritt. Zu beachten sind auch mögliche vorvertragliche Anzeigepflichten.

3. Weg: Persönliche D&O-Versicherung

Alternativ oder kumulativ zu einer GmbH- und/oder Vereins-D&O kann der Vereinsvorstand für sich eine persönliche D&O-Versicherung abschließen. Sie hat den Vorteil, dass auch die Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer (zusätzlich) mitabgesichert werden kann oder umgekehrt. Die Deckungssumme steht ausschließlich dem Vereinsvorstand und/oder Geschäftsführer als Versicherungsnehmer zur Verfügung und kann nicht durch andere versicherte Personen aufgebraucht werden. Soweit es noch eine Vereins-D&O oder GmbH-D&O gibt, ist wiederum die Subsidiaritätsklausel sowie mögliche vorvertragliche Anzeigepflichten zu beachten.

5. Fazit

Geschäftsführer haben diverse Möglichkeiten, ihre ehrenamtliche Vorstandstätigkeit über eine D&O abzusichern. Vereinsklauseln optimieren den Versicherungsschutz, können aber im Einzelfall ein zusätzliches Risiko für den Geschäftsführer hervorrufen. Zusätzlich sind Subsidiaritätsklauseln und Anzeigeobligationen zu beachten.

Es gibt ca. 40 Versicherer auf dem deutschen Markt mit eigenen Bedingungen. Hinzu kommen eine Vielzahl von sogenannten Maklerbedingungen, die Versicherungsmakler explizit mit Versicherungsgesellschaften vereinbaren. Die Bedingungen weisen im Deckungsvergleich zum Teil gravierende Unterschiede auf. Die Musterbedingungen des GDV sind keine Orientierungshilfe, da sie nicht dem Marktstandard entsprechen.

GmbH-Geschäftsführer sowie Vereinsvorstände sollten sich im besten Fall schon vor Abschluss einer D&O von Experten beraten lassen, um optimalen Versicherungsschutz zu erhalten. Besteht bereits eine D&O-Versicherung, sollte diese zumindest alle zwei Jahre – wenn nicht sogar jährlich – durch Experten auf Aktualität und Optimierungsmöglichkeiten überprüft werden. ■



Haftungsgefahren für Geschäftsführer trotz Ressortzuständigkeit



Dr. Susanne Szameitat
Rechtsanwältin und Partnerin, Aderhold



Maximilian Michelsen
Rechtsanwalt, Aderhold

Die Geschäftsführung einer GmbH ist einem engen Haftungsregime unterworfen. Um die Verantwortung für den Geschäftsführer einzugrenzen, werden bei Gesellschaften, die über mehrere Geschäftsführer verfügen, häufig Ressortzuständigkeiten vereinbart. Aus rechtlicher Sicht führen vereinbarte Verantwortlichkeiten für einzelne Ressorts jedoch nicht zu einer vollständigen Enthftung der übrigen Geschäftsführer. Unter welchen Voraussetzungen sich ein Geschäftsführer auf eine fehlende Zuständigkeit berufen kann und in welchen Bereichen eine solche Enthftung ausgeschlossen ist, wird im Nachfolgenden dargestellt.

A. Einleitung

Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, kurz GmbH, handelt es sich um die in Deutschland am weitesten verbreitete Form einer Kapitalgesellschaft. Da es sich bei der GmbH um eine juristische Person handelt, ist sie, um handlungsfähig zu sein, auf ihre Organe angewiesen. Zwingende Organe sind die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung, zusätzlich kann ein Aufsichtsrat oder Beirat freiwillig eingerichtet werden.

Die Geschäftsführung der GmbH ist das Organ, das die GmbH nach außen vertritt und, wie der Name bereits beinhaltet, die Geschäfte der Gesellschaft führt. Die Gesellschafterversammlung ist daneben das überwachende Organ. Untypisch für ein Überwachungsorgan ist die Gesellschafterversammlung einer GmbH jederzeit berechtigt, unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung zu nehmen. Dies bedeutet, dass Weisungen der Gesellschafterversammlung durch die Geschäftsführung umgesetzt werden müssen, solange diese

nicht rechtswidrig sind. Die Gesellschafterversammlung kann dabei auch den Umfang der Geschäftsführung durch generelle und konkrete Weisungen einschränken.

B. Ressortzuständigkeiten

Grundsätzlich gilt in der GmbH der Grundsatz der gemeinsamen Geschäftsführung und der Gesamtverantwortung. Danach sind zunächst alle bestellten Geschäftsführer einer GmbH für den gesamten Geschäftsbetrieb gemeinsam zuständig.

Sobald in einer GmbH mehr als ein Geschäftsführer bestellt ist, ist es indes üblich, dass die Zuständigkeiten in Ressorts aufgeteilt werden. Dies erscheint bereits vor dem Hintergrund der optimalen Ressourcennutzung sinnvoll. Häufig wird neben dem Finanzgeschäftsführer (auch CFO) ein operativer Geschäftsführer (auch COO) oder ein technischer Geschäftsführer (auch CTO) bestellt. Je nach Größe des Unternehmens kann die Führungsebene durch weitere Geschäftsführer, wie etwa für den Bereich Personal, Marketing, Produkt usw., ergänzt werden.

Hinsichtlich der Einrichtung von Ressorts und Zuständigkeiten sind in der Praxis verschiedenste Vorgehensweisen zu erkennen. Die Möglichkeiten reichen dabei von der faktischen Einteilung durch gelebte Praxis, bis hin zu in der Satzung der Gesellschaft niedergelegten Ressorts. Nach dem BGH, der sich umfassend mit der Aufgabenzuweisung auseinandergesetzt hat (Urteil vom 6.11.2018 – II ZR 11/17), ist für die Einteilung von Zuständigkeiten keine Form vorgeschrieben. Es ist allein wesentlich, dass eine klare und eindeutige Abgrenzung der

Geschäftsführungsaufgaben vorgenommen wurde, diese durch alle Mitglieder des Organs mitgetragen wird und die zuständigen Personen fachlich und persönlich für die Wahrnehmung der Aufgaben geeignet sind. In diesem Zusammenhang sei jedoch darauf hingewiesen, dass der Geschäftsführer, der sich auf eine Unzuständigkeit aufgrund einer Ressortverteilung beruft, für diese beweibelastet ist. Allein vor diesem Hintergrund ist daher eine schriftliche Fixierung der vorgesehenen Ressorts und Verantwortlichkeiten dringend anzuraten. Üblicherweise kann eine solche Fixierung im Rahmen einer Geschäftsordnung, die sich die Geschäftsführer auch selbst geben können, niedergelegt werden. Vorgaben der Gesellschafterversammlung gehen hierbei vor. Wurde durch diese eine Ressortenteilung vorgenommen, kann davon nicht abgewichen werden.

Zu beachten ist, dass auch durch eine wirksame Ressortaufteilung zwischen den Geschäftsführern nicht von dem gesetzlichen Prinzip der Gesamtverantwortung der Geschäftsführung abgewichen werden kann. Dies führt zum einen dazu, dass bestimmte Aufgaben als „nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung“ zwingend in der Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer verbleiben. Hierbei handelt es sich insbesondere um Pflichten gegenüber der

Gesellschafterversammlung (Vorlage zustimmungsbedürftiger Geschäfte, Jahresabschluss etc.) und Pflichten im öffentlichen Interesse, wie z. B. die Insolvenzantragspflicht. Zum anderen folgt daraus, dass auch hinsichtlich der anderen Geschäftsführern übertragenen Ressorts stets eine Überwachungs- und ggf. Kontrollpflicht bei den unzuständigen Geschäftsführern verbleibt, bei deren Verletzung eine Haftung in Betracht kommt.

C. Haftungsregelungen unter Beachtung eingeteilter Ressorts

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers ist nicht zentral festgelegt, sondern ergibt sich aus dem Zusammenspiel einer Vielzahl von Regelungen in diversen Gesetzen. Dabei unterliegt der Geschäftsführer sowohl strafrechtlichen als auch zivilrechtlichen Haftungen. Insbesondere im Bereich der strafrechtlichen Haftung handelt es sich um allgemeingültige Vorschriften, die nicht nur den Geschäftsführer einer GmbH als Organ betreffen (Betrug, Untreue etc.). Bei der Beurteilung der strafrechtlichen Haftungen sind daher die allgemeinen Regelungen zur Mittäterschaft (§ 25 StGB) und Anstiftung bzw. Beihilfe (§§ 26, 27 StGB) zu berücksichtigen.

Nachfolgend werden, um den Rahmen dieses Beitrags nicht zu sprengen, die zentralen Haftungsnormen des GmbH- und Insolvenzrechts dargestellt und dabei auf die möglichen Exkulpationsmöglichkeiten aufgrund einer Ressortzuständigkeit eingegangen.

I. Haftung gem. § 43 GmbHG

Zentrale Haftungsvorschrift des GmbH-Rechts ist der § 43 GmbHG. Danach haben die Geschäftsführer „in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden“. Erfüllen sie dies nicht, haften sie der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden. Grundlage für die Beurteilung der Haftung ist dabei die sogenannte „Business Judgment Rule“. Diese ist in § 93 AktG ausdrücklich normiert und gilt nach allgemeiner Ansicht rechtsformübergreifend auch für die GmbH. Die Business Judgment Rule besagt, dass eine Handlung des Geschäftsführers dann mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar ist, wenn es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt, die auf Grundlage angemessener Informationen getroffen wird und die allein zum Wohle der Gesellschaft ergeht. Verletzt mithin der handelnde Geschäftsführer seine Obliegenheiten und handelt nicht entsprechend den Grund-





sätzen eines ordentlichen Geschäftsmannes und der Gesellschaft und entsteht hierdurch ein Schaden, so haftet er aus dieser Pflichtverletzung.

Bezogen auf die verteilten Ressortzuständigkeiten bedeutet dies zunächst, dass der Geschäftsführer hinsichtlich der ihm zugewiesenen Aufgabenbereiche die Grundsätze der ordnungsgemäßen Geschäftsführung zu beachten hat. Entscheidungen, die der Geschäftsführer für seinen Bereich trifft, sind nach der Business Judgment Rule zu beurteilen. Wesentlich ist daher, ob der Geschäftsführer auf Grundlage einer ausreichenden Informationsbasis gehandelt hat. Dies ist jeweils situations- und auswirkungsbedingt zu betrachten. So muss bei kurzfristig zu treffenden Entscheidungen ohne größere Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb ein anderer Maßstab angelegt werden, als dies bei langfristig zu planenden Entscheidungen mit wesentlichen Auswirkungen auf den Bestand der Gesellschaft der Fall ist.

Verstößt ein Geschäftsführer innerhalb des ihm zugewiesenen Ressorts gegen seine Pflichten und verursacht einen Schaden, bedeutet dies jedoch nicht, dass eine Haftung der weiteren Geschäftsführer nicht in Betracht kommt. Die nach wirksamer Ressortverteilung unzuständigen Geschäftsführer sind verpflichtet, sich über die Entwicklung der Geschäfte auch in den ihnen nicht zugewiesenen Ressorts zu informieren. Hierbei können sich diese grundsätzlich auf die zur Verfügung gestellten Informationen der zuständigen Geschäftsführer verlassen, sind jedoch verpflichtet, die erhaltenen Informationen auf Plausibilität zu prüfen. Der Umfang und die Intensität der Überwachungspflicht ist dabei von den Auswirkungen auf die Gesellschaft abhängig. Je weiterreichender diese sind, umso umfassender ist auch die Überwachungspflicht der originär unzuständigen Geschäftsführer.

II. Haftung in der Krise

Die Anforderungen verschärfen sich, je weiter die Krise eines Unternehmens voranschreitet. Befindet sich das Unternehmen in einer Krise, sind alle Geschäftsführer verpflichtet, die Entwicklung eng zu verfolgen. Auch die unzuständigen Geschäftsführer sind verpflichtet, eine Organisation der Geschäftsabläufe einzurichten, die es ihnen ermöglicht, einen jederzeitigen Überblick über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu erhalten.

Liegt eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vor, ist die Geschäftsführung verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen und das Zahlungsverbot des § 15b InsO zu beachten. Wie oben dargestellt, handelt es sich hierbei um eine nicht delegationsfähige Pflicht des Gesamtorgans. Es ist daher unerheblich, ob Zahlungen nur durch einen der Geschäftsführer ausgelöst werden, die Haftung trifft grundsätzlich das gesamte Organ. Jeder Geschäftsführer ist persönlich für die Verhinderung von Zahlungen entsprechend dem Verbot des § 15b InsO und zur Insolvenzantragstellung verpflichtet.

D. Schlussfolgerung und Handlungsempfehlung

Die Einteilung von Ressorts kann die Haftung der Geschäftsführer begrenzen und ermöglicht gleichzeitig eine bessere Ressourcenverteilung innerhalb der Gesellschaft. Dabei ist anzuraten, dass die Ressorteinteilung möglichst genau und nachweisbar, also schriftlich, festgehalten und ggf. mit dem Kreis der Gesellschafter abgestimmt wird. Trotz einer wirksamen Ressortverteilung unterliegen die nicht originär zuständigen Geschäftsführer Überwachungspflichten, wobei der Umfang davon abhängig ist, wie wesentlich die jeweiligen Geschäfte für die Gesellschaft sind und ob sich die Gesellschaft in einer Krise befindet. ■

Zum Ausschluss der Geschäftsführerhaftung bei Einverständnis der Gesellschafter



Dr. Jan Kraayvanger
Mayer Brown LLP
Frankfurt am Main

Begeht der GmbH-Geschäftsführer schuldhaft eine Pflichtwidrigkeit, haftet er der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG. Hierzu muss die Gesellschaft lediglich nachweisen, dass eine Verhaltensweise des Geschäftsführers zu einem Schaden geführt hat. Sodann obliegt es dem Geschäftsführer, sich zu exkulpieren. Er muss darlegen und beweisen, dass er pflichtgemäß gehandelt hat, dass ihn keine Schuld trifft oder dass derselbe Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn er sich rechtmäßig verhalten hätte (sog. Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens). Insbesondere entfällt die Haftung dann, wenn der Geschäftsführer nachweisen kann, dass die Gesellschafter mit der in Frage stehenden Handlung einverstanden waren. Dies folgt daraus, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer gegenüber nach § 37 Abs. 1 GmbHG weisungsbefugt sind. Zudem haftet der Geschäftsführer grundsätzlich dann nicht, wenn er in Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses gehandelt hat (Umkehrschluss aus § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG). Erfolgte die Geschäftsführermaßnahme im Einverständnis der Gesellschafter, fehlt es regelmäßig schon an einer Pflichtverletzung. Zumindest verstieße es gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, würden die Gesellschafter den Geschäftsführer für eine Maßnahme haftbar machen, mit denen sie selbst einverstanden waren.

Demnach scheidet eine Haftung grundsätzlich dann aus, wenn die Gesellschafter im Rahmen einer Gesellschafterversammlung auf der Grundlage ausreichender Information die in Frage stehende Maßnahme durch förmlichen Beschluss gebilligt haben oder den Geschäftsführer sogar zur Durchführung der Maßnahme angewiesen haben. Hierzu genügt grundsätzlich eine einfache Stimmmehrheit, soweit die Satzung oder das Gesetz aufgrund des besonderen Beschlussgegenstands keine qualifizierte Mehrheit oder gar Einstimmigkeit verlangen.

Schwieriger gestalten sich diejenigen Situationen, in denen es an einem förmlichen Gesellschafterbeschluss fehlt. Hier kommt eine Zustimmung der Gesellschafter durch konkludentes bzw. schlüssiges Verhalten in Betracht. Hierzu müssen die Gesellschafter durch ihr Verhalten zum Ausdruck gebracht haben, dass sie die fragliche Maßnahme billigen. Voraussetzung für eine Enthftung des Geschäftsführers ist jedoch, dass sämtliche Gesellschafter ausreichend über die Maßnahme informiert wurden. Zudem müssen alle Gesellschafter ihre Zustimmung signalisiert haben. Die Hürde liegt hier also höher als bei einem förmlichen Gesellschafterbeschluss, da eine Zustimmung der Gesellschaftermehrheit hier nicht genügt.

Reines Schweigen stellt kein konkludentes Verhalten dar. Ihm kann grundsätzlich kein Erklärungsgehalt zugeordnet werden. Nimmt also ein Gesellschafter die Information über eine bestimmte Maßnahme nur passiv entgegen und lässt diese geschehen, ohne ihr zu widersprechen, kann hierin regelmäßig kein Einverständnis erblickt werden. Nur in Ausnahmefällen kann ein sog. stillschweigendes Einverständnis angenommen werden. Hierzu hat der BGH in einer Entscheidung vom 8. Februar 2022 (Az. II ZR 118/21) Stellung genommen. Der Sachverhalt betraf die Schadenersatzklage einer UG & Co. KG gegen den früheren Geschäftsführer ihrer Komplementärin. Jedoch gelten für die GmbH keine anderen Maßstäbe, weil sich bei beiden Gesellschaftsformen die Haftung des Geschäftsführers nach denselben Normen richtet. Der BGH führt aus, dass eine Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG ausscheide, wenn sämtliche Gesellschafter als potenziell Geschädigte nach zutreffender Information über den Sachverhalt mit dem Handeln des Geschäftsführers einverstanden waren. Zwar lasse allein der Umstand, dass ein Gesellschafter Kenntnis von einer Maßnahme habe, noch nicht zwingend auf ein Einverständnis schließen. Gleichwohl könne im Ein-

zelfall bei Hinzutreten weiterer Umstände eine zumindest stillschweigende Übereinkunft der Gesellschafter über eine Maßnahme anzunehmen sein, wenn der Geschäftsführer in Anbetracht des Sach- und Kenntnisstands der Gesellschafter bis zu einer gegenteiligen Weisung berechtigterweise davon ausgehen durfte, mit ihrem Einverständnis zu handeln. Dies sei nach umfassender Würdigung sämtlicher wesentlicher Umstände des konkreten Falls zu beurteilen.

Fehlt es auch an einem stillschweigenden Einverständnis, etwa weil der Geschäftsführer die Gesellschafter schon gar nicht über die Maßnahme vorab informierte, so bleibt dem Geschäftsführer als letzte Verteidigungslinie der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hierzu muss er darlegen und beweisen, dass sämtliche Gesellschafter als potenziell Geschädigte mit dem Handeln des Geschäftsführers einverstanden gewesen wären, wenn sie über den Sachverhalt zutreffend informiert und gefragt worden wären (BGH, Urteil vom 18. Juni 2013 – II ZR 86/11). Eine solche hypothetische Zustimmung zweifelsfrei zu beweisen, kann natürlich in der Praxis höchst schwierig sein.

Immerhin kann der Geschäftsführer nach zutreffender Meinung diese Verteidigung selbst dann geltend machen, wenn er einen in der Satzung vorgesehenen Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafter missachtet und die in Frage stehende Maßnahme ohne Zustimmung vorgenommen hat (Bachmann/Habighorst, NZG 2022, 713). Auch dann kann der Geschäftsführer den Beweis antreten, dass die Gesellschafter bei entsprechender Beschlussvorlage zugestimmt hätten.

Fazit und Praxistipps

In seinem Beschluss vom 8. Februar 2022 bestätigt der BGH seine ständige Rechtsprechung, wonach auch ein stillschweigendes Einverständnis den Geschäftsführer entlasten kann. Voraussetzung ist aber, dass alle Gesellschafter ausreichend informiert waren und allen das Einverständnis zugerechnet werden kann. Die konkreten Umstände, unter denen von einem stillschweigenden Einverständnis ausgegangen werden kann, sind vom BGH „schwammig“ gehalten und wenig aussagekräftig. Dass die Gesellschafter die Maßnahme kennen und schweigen, soll nicht „zwingend“ zu einem stillschweigenden Einverständnis

führen. Vielmehr müssten „weitere Umstände“ hinzutreten. Was hierunter zu verstehen ist und wann im Einzelfall nach umfassender Würdigung aller wesentlicher Umstände solche „weiteren Umstände“ angenommen werden können, aus denen dann auf ein stillschweigendes Einverständnis geschlossen werden kann, ist alles andere als klar.

Daher sollte ein Geschäftsführer zur Eigensicherung zunächst einmal sämtliche Gesellschafter regelmäßig ausreichend informieren und dies auch dokumentieren. Sieht die Satzung für bestimmte Maßnahmen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung vor, ist ein förmlicher Gesellschafterbeschluss einzuholen. Darüber hinaus empfiehlt es sich, bestimmte Geschäftsführermaßnahmen, die besonders haftungsträchtig sein könnten, etwa aufgrund des finanziellen Volumens, des Risikos oder der Bedeutung für das Geschäft der Gesellschaft, den Gesellschaftern zum förmlichen Beschluss vorzulegen und diesen selbstverständlich zu dokumentieren.

Kann kein förmlicher Beschluss eingeholt werden, sollte der Geschäftsführer zumindest darauf achten, alle Gesellschafter zu infor-

mieren und jedem die Möglichkeit zur Erörterung der Maßnahme zu geben. Macht dann ein Gesellschafter von dieser Möglichkeit bewusst keinen Gebrauch und schweigt, wird er sich später nicht darauf berufen können, die Maßnahme nicht gebilligt zu haben. Denn dies würde ein widersprüchliches und damit ein nach § 242 BGB verbotenes treuwidriges Verhalten darstellen. Ist eine bestimmte Maßnahme bereits durchgeführt, kann die Zustimmung auch nachträglich eingeholt werden. Insbesondere werden mit der Entlastung nach § 46 Abs. 5 GmbHG Schadenersatzansprüche und Abberufungsgründe ausgeschlossen. ■



Immer neue Fallstricke für Arbeitgeber im Arbeitsrecht!



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

1. Die Neuerungen im Nachweisgesetz – worauf Arbeitgeber jetzt achten müssen

Seit 1. August 2022 müssen Arbeitgeber bei Einstellungen den Mitarbeitenden deutlich mehr Informationen geben als bisher. Dies hat in schriftlicher Form (nicht nur digital) zu erfolgen.

Zur Umsetzung der EU-Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen (EU-Richtlinie 2017/1152) wurde zum 01.08.2022 das Nachweisgesetz geändert. Schon **bisher** mussten die Arbeitgeber die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich zusammenfassen und dem Arbeitnehmer innerhalb eines Monats nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich aushändigen. Dies umfasste folgende Informationen:

- Name und Anschrift der Vertragsparteien
- Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses
- Dauer des Arbeitsverhältnisses bei Befristung
- Angaben zum Arbeitsort
- Bezeichnung oder Beschreibung der Tätigkeit
- Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts
- Arbeitszeit
- Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs
- Kündigungsfristen
- allgemeinen Hinweis auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sind.

Seit 01.08.2022 müssen folgende Punkte zusätzlich schriftlich mitgeteilt werden:

- **Enddatum** des Arbeitsverhältnisses
- ggf. **freie Wahl des Arbeitsorts** durch den Arbeitnehmer
- **Dauer der Probezeit**, sofern vereinbart
- die **Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts** einschließlich der Vergütung von Überstunden, der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts, die jeweils getrennt anzugeben sind und deren Fälligkeit sowie die Art der Auszahlung
- die vereinbarten **Ruhepausen und Ruhezeiten** sowie bei vereinbarter Schichtarbeit das Schichtsystem, der Schichtrhythmus und die Voraussetzungen für Schichtänderungen
- die **Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen**, sofern vereinbart
- etwaiger Anspruch auf vom Arbeitgeber bereitgestellte **Fortbildungen**
- Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine **betriebliche Altersversorgung** über einen Versorgungsträger zusagt, der Name und die Anschrift dieses Versorgungsträgers; (es sei denn, der Versorgungsträger ist zu dieser Information verpflichtet)
- das bei der **Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren**, mindestens das **Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses**, sowie die **Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage**

Die Informationen über Namen & Anschrift der Vertragsparteien, Arbeitsentgelt und seine Zusammensetzung sowie Arbeitszeit müssen **bereits am ersten Arbeitstag** vorliegen. Die weiteren Nachweise müssen **spätestens in sieben Kalendertagen nachgereicht** werden (nicht mehr innerhalb eines Monats).

Auch bereits beschäftigte Mitarbeitende können vom Arbeitgeber die Unterrichtung über ihre wesentlichen Arbeitsbedingungen verlangen. Auf Aufforderung muss der Arbeitgeber binnen sieben Kalendertagen die Informationen schriftlich bereitstellen. Informationen über den Urlaub, die betriebliche Altersversorgung, die Pflichtfortbildung, das Kündigungsverfahren und geltende Kollektivvereinbarungen müssen spätestens innerhalb eines Monats übermittelt werden.

Für Arbeitnehmende, die im Ausland tätig werden und bei Arbeit auf Abruf gelten weitere Nachweispflichten.

Bei **Verstößen** gegen das geänderte Gesetz droht nun – das ist neu – **ein Bußgeld von bis zu 2.000 EUR**.

Wir empfehlen den Unternehmen, soweit nicht bereits geschehen, ihre Arbeitsvertragsvorlagen zu prüfen, anzupassen und zu ergänzen. Ein von beiden Seiten im Original unterzeichneter Arbeitsvertrag erfüllt die Nachweisanforderungen. Zudem ist es angesichts der kurzen Fristen sinnvoll, für Bestandsmitarbeitende entsprechende Nachweisschreiben als Muster vorzuhalten, damit auf Aufforderung schnell reagiert werden kann.

2. Quo vadis Zeiterfassung? oder: Wie das BAG den Arbeitgebern im September 2022 eine vorzeitige Bescherung bereitere und wie der Gesetzgeber reagiert

Nach einem am 13.09.2022 ergangenen Beschluss des Bundesarbeitsgerichts (1 ABR 22/21) ist der Arbeitgeber bereits jetzt nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmenden geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann.

Nach einer Entscheidung des EuGHs zur Pflicht zur Arbeitszeiterfassung aus dem Jahr 2019 war allseits ein entsprechender Gesetzesentwurf erwartet worden war. Dies nahm das BAG nun vorweg und leitete die Pflicht entgegen der bisherigen herrschenden Meinung bereits aus dem deutschen Arbeitsschutzgesetz ab.

Demnach habe der Arbeitgeber zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 ArbSchG unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten für eine „geeignete Organisation“ zu sorgen und die „erforderlichen Mittel“ bereitzustellen. Bei unionsrechtskonformem Verständnis beinhaltet die gesetzliche Regelung auch die grundsätzliche Verpflichtung der Arbeitgeber, ein System zur Erfassung der von ihren Arbeitnehmenden geleisteten täglichen Arbeitszeit einzuführen, welches Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeit einschließlich der Überstunden umfasst. Demnach müssen nicht nur wie bisher nur Überstunden, Sonntagsarbeit und Arbeitszeiten von bestimmten Personengruppen, wie z. B. Minijobber, sondern die **gesamte Arbeitszeit muss dokumentiert** werden.



Wie die Dokumentation auszusehen hat, wann sie zu erstellen und wie lange sie aufzubewahren ist, bleibt aktuell im Detail offen. Seit Mitte April 2023 liegt ein erster Referentenentwurf für eine Gesetzesänderung vor. Wir empfehlen Ihnen, die aktuelle Entwicklung genau zu verfolgen. Obwohl Übergangsfristen geplant sind, macht es Sinn, sich jetzt mit der Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems zu befassen

Die Entscheidung und die darauf basierende Gesetzesänderung werden weitreichende Folgen – insbesondere für Vertrauensarbeitszeit, Home Office etc. – haben, insbesondere für den Kreis der Personen, für welche die Verpflichtung gelten soll. Denn der persönliche Geltungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes geht deutlich weiter als der des Arbeitszeitgesetzes. Als Arbeitgeber müssen Sie sich nun – falls nicht bereits erfolgt – damit auseinandersetzen, wie Sie die durch den EuGH normierte Verpflichtung zur Einführung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems umsetzen.

3. Urlaub ohne Ende? Oder: Kein Ende mit dem Urlaubsthema? Aktuelle Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts

Urlaubsansprüche verjähren nur dann, wenn der Arbeitnehmer über seinen Urlaubsanspruch unterrichtet wurde. Auch bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers gilt: Hat der Arbeitgeber nicht auf den möglichen Verfall von Urlaub hingewiesen, kann der Urlaubsanspruch auch nicht verfallen oder verjähren. Das hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 22.09.2022 (Az.: C 120/21; C 518/20; C 727/20) bekräftigt.

Es ist daher noch dringender als bisher zu empfehlen, rechtzeitig im Urlaubsjahr explizit auf den konkreten, bestehenden Resturlaub und die Rechtsfolge des Verfalls zum Jahresende hinzuweisen. Dies sollte in nachweisbarer Form, also z. B. schriftlich gegen Empfangsbekanntnis oder per E-Mail mit konkreter Empfangsbestätigung (d.h. Bestätigung des Erhalts der E-Mail) erfolgen. Den Arbeitnehmenden muss es dann auch tatsächlich vom Arbeitgeber ermöglicht werden, den Urlaub zu nehmen.

Unter Berücksichtigung dieser neuen europäischen Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht am 20.12.2022 in einer Grundsatzentscheidung die Rechte der Arbeitnehmenden gestärkt. Der automatische Verfall bzw. die Verjährung von Urlaubstagen mit Ablauf des Kalenderjahres ist demnach mehr automatisch möglich. Unternehmen sehen sich daher vor dem Problem, dass Mitarbeitende Jahre später noch Urlaubsansprüche geltend machen können. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn folgende **Voraussetzungen kumulativ** vorliegen:

- Das Unternehmen hat den Arbeitnehmer auf die noch nicht genommenen Urlaubstage hingewiesen und
- der Hinweis erfolgte rechtzeitig genug, so dass der Urlaub tatsächlich noch genommen hätte werden können und
- das Unternehmen hat den Arbeitnehmer aufgefordert, die konkret bezifferten Urlaubstage noch bis zum Jahresende zu nehmen.

Nur dann kann der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres weiterhin verfallen bzw. verjähren.

Als Unternehmen sollte man also auf die Einhaltung dieser Voraussetzungen achten und ein entsprechendes Monitoring-System einführen. ■

Strafverteidigerkosten, PR-Berater etc. – Zusatzleistungen in der D&O-Versicherung



Carsten Laschet
Rechtsanwalt und Partner



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

Die D&O-Versicherung bietet als Haftpflichtversicherung Geschäftsleitern Schutz vor Schadenersatzforderungen aufgrund von Pflichtverletzungen im Rahmen der Geschäftsführung. Hauptbestandteile des Versicherungsschutzes sind die Abwehr unbegründeter und die Freistellung von begründeten Schadenersatzansprüchen.

Darüber hinaus bieten die meisten am Markt angebotenen D&O-Versicherungen weitere Leistungen, insbesondere einen erweiterten Rechtsschutz. Eine Übersicht über mögliche Zusatzleistungen und deren Relevanz soll nachfolgend gegeben werden.

1. Vorbeugende Rechtsberatung

Der Unterstützung des Geschäftsführers dient eine Übernahme von Kosten der vorbeugenden Rechtsberatung, um eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers zu verhindern. Auch wenn es sich dabei in der Regel um überschaubare Summen handelt, kann eine solche Zusatzleistung sinnvoll sein, um eine Schadenersatzhaftung des Geschäftsführers zu vermeiden.

Eine spezielle vorbeugende Rechtsberatung in insolvenznahen Situationen durch von dem Versicherer benannte Spezialisten für Restrukturierung und Sanierung wird von einigen Versicherern ebenfalls angeboten, ist aber weniger weit verbreitet.

2. Firmenstellungnahme

Ansprüche aus der D&O-Versicherung stehen grundsätzlich den Organmitgliedern persönlich zu, nicht dem Unternehmen. Hiervon gewähren die Versicherer jedoch zahlreiche Ausnahmen, die im Detail variieren. So können Rechtsschutzkosten des Unternehmens selbst versichert sein, wenn Ansprüche sowohl gegen das Unternehmen als auch gegen den Geschäftsführer geltend gemacht werden, Kosten einer Firmenstellungnahme in Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren anfallen, Schadenersatzansprüche gegen das Unternehmen geltend gemacht werden, für die ein Regress gegen ein Organmitglied infrage kommt, oder Ähnliches.

3. Unterstützung bei aufsichtsrechtlichen Sonderuntersuchungen

Für Unternehmen, die einer besonderen Aufsicht unterliegen, wie z. B. Banken oder Versicherungen, bietet es sich an, als Zusatzleistung die Unterstützung bei aufsichtsrechtlichen Sonderuntersuchungen zu vereinbaren. Dies bietet Rechtsschutz bereits dann, wenn im Rahmen einer aufsichtsrechtlichen Sonderuntersuchung Akten oder Datenträger beschlagnahmt werden, Unterlagen herausgegeben oder versicherte Personen vernommen werden. Es handelt sich in der Regel um eine Leistung nicht zu Gunsten des Geschäftsführers, sondern der versicherten Gesellschaft. Durch die frühzeitige Bereitstellung eines Rechtsbeistands soll vermieden werden, dass sich ein Verfahren ausweitet und letztlich zu Haftpflichtansprüchen gegen den Geschäftsführer führt.



4. Rechtsschutz in Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes

In einigen Rechtsgebieten, z. B. dem Marken-, Patent-, Urheber-, Wettbewerbs- oder Kartellrecht, ist es üblich, Unterlassungs- oder Auskunftsansprüche sowohl gegen das betroffene Unternehmen als auch gegen dessen Geschäftsführer persönlich geltend zu machen. Häufig dienen diese Ansprüche der Vorbereitung späterer Schadenersatzverlangen.

Zahlreiche Versicherungen sehen eine Erweiterung der vereinbarten Versicherungsleistungen um die Abwehr derartiger Ansprüche vor. Häufig übernimmt dabei der Versicherer auch die Rechtsverteidigungskosten für das versicherte Unternehmen, sofern Geschäftsführer und Unternehmen von den gleichen Rechtsanwälten vertreten werden.

5. Rechtsschutz gegen Abmahnung, Abberufung und Kündigung

Da Schadensersatzansprüche eines Unternehmens gegen seine Geschäftsführer häufig im Rahmen der Kündigung des Geschäftsführers geltend gemacht werden, schließen einige Versicherer die Rechtsschutzkosten gegen Abmahnung, Abberufung und Kündigung unter bestimmten Voraussetzungen in den Versicherungsumfang ein. Dies vermeidet Abgrenzungsschwierigkeiten.

Einen umfassenden Rechtsschutz gegen ungerechtfertigte Abmahnungen oder Kündigungen bietet dieser Baustein jedoch nicht, weil er nur eingreift, wenn die Pflichtverletzung zugleich geeignet ist, einen versicherten Schadensersatzanspruch zu begründen.

6. Fortzahlung der Vergütung

Für den Fall, dass ein Unternehmen behauptete Schadenersatzansprüche gegen ausstehende Ansprüche des Geschäftsführers aufrechnet, seien es fortlaufende Dienstbezüge, Pensionszahlungen, Tantiemeansprüche oder ähnliches, bieten verschiedene Versicherer an, neben den Rechtsschutzkosten für die Durchsetzung der Ansprüche des Geschäftsführers eine Fortzahlung der Vergütung zu leisten.

Die Details sind je nach Versicherer unterschiedlich. Stets ist der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung auf einen bestimmten Betrag oder Zeitraum gedeckelt. Auch die Berechnung ist unterschiedlich: nur Festgehalt oder Gesamtvergütung inklusive Boni, jeweils brutto oder netto? Selbst die Kosten eines Mietwagens für den Fall, dass der Dienstwagen einbehalten wird, sind vereinzelt vom Versicherungsschutz umfasst.

7. Rechtsschutz für nicht versicherte Ansprüche

Grundsätzlich gewährt die D&O-Versicherung Schutz gegen Ansprüche auf Ersatz eines Vermögensschadens. Als Zusatzleistung erweitern einige Versicherungen den Rechtsschutz auf die Abwehr weiterer Ansprüche, z. B. auf Ersatz eines Personen- oder Sachschadens oder auf bereicherungsrechtlicher Grundlage.

Gerade letztere Erweiterung ist sinnvoll, weil es häufig nur vom Zufall abhängt, ob eine Forderung auf das Schadenersatz- oder auf das Bereicherungsrecht gestützt wird: Behauptet etwa ein Unternehmen, der Geschäftsführer habe zu Unrecht eine Tantieme ver-

einnimmt, kann es dies ebenso gut auf das Fehlen eines Rechtsgrundes stützen (Bereicherungsrecht) wie auf den Vorwurf einer Untreue (Schadensersatzanspruch). Ist die Erweiterung des Rechtsschutzes auf bereicherungsrechtliche Ansprüche vereinbart, lassen sich Diskussionen mit dem Versicherer vermeiden.

8. Strafrechtsschutz

Der von vielen D&O-Versicherungen angebotene Strafrechtsschutz hat eine erhebliche Bedeutung. Dies liegt zum einen daran, dass einige Unternehmen bei der Trennung von einem Geschäftsführer nichts unversucht lassen, um dem Geschäftsführer eine grobe Pflichtverletzung und damit einen Kündigungsgrund nachzuweisen. Dabei kann aus einem Fehler in einer Reisekostenabrechnung oder der Einladung von Geschäftsfreunden plötzlich der Vorwurf einer strafbaren Untreue entstehen.

Noch relevanter ist der Strafrechtsschutz in der Insolvenzhaftung: Die verspätete Stellung eines Insolvenzantrages begründet nach § 15a InsO nicht nur die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers, sondern auch dessen strafrechtliche Verantwortlichkeit. In der Praxis wird der Insolvenzverwalter

daher den Geschäftsführer zivilrechtlich in Anspruch nehmen und zugleich Strafantrag stellen und es der Staatsanwaltschaft überlassen, die tatsächlichen Grundlagen für den Schadensersatzanspruch zu ermitteln. Wehrt sich der Geschäftsführer gegen diesen Vorwurf, entstehen beträchtliche Strafverteidigungskosten.

Enthält die D&O-Versicherung keinen ausdrücklichen Strafrechtsschutzbaustein, ist sie nur zur Übernahme von Strafverteidigungskosten verpflichtet, wenn sie den Geschäftsführer anweist, sich im Strafverfahren zu verteidigen, oder wenn der Geschädigte seine Schadensersatzansprüche – was selten vorkommt – im Rahmen eines Adhäsionsverfahrens im Strafverfahren geltend macht.

In der Regel liegt die Strafverteidigung aber ebenso im Interesse des Versicherers wie des Versicherten, wenn der strafrechtliche Vorwurf zugleich eine zivilrechtliche Haftung begründen kann. Daher bieten zahlreiche D&O-Versicherungen eine Erweiterung des Strafrechtsschutzes an. Die Unterschiede liegen im Detail, etwa in der Frage, ob Strafverteidigungskosten nach Stundensatzvereinbarung oder RVG übernommen werden, oder ob der Versicherer die Strafverteidigung genehmigen muss.

Stets ist zu beachten, dass der Strafrechtsschutz eine Nebenleistung der Haftpflichtversicherung darstellt und nur eingreift, wenn ein Versicherungsfall droht. Da in der Haftpflichtversicherung nur Ansprüche auf Ersatz von Vermögensschäden abgedeckt sind, greift der Versicherungsschutz z. B. bei der fahrlässigen Insolvenzverschleppung ein,

nicht aber bei einer vorsätzlichen Körperverletzung. Der erweiterte Strafrechtsschutz in der D&O-Versicherung ist daher häufig ein sinnvoller Baustein in der Absicherung des Geschäftsführers; er kann eine spezielle Strafrechtsschutzversicherung jedoch nicht gänzlich ersetzen.



Bei vorsätzlichen Straftaten ist der Kostenschutz nur vorläufig. Erfolgt eine Verurteilung, sind die Kosten an den Versicherer zu erstatten.

Vereinzelte gibt es Vereinbarungen dazu, dass der Versicherer Kauttionen stellt, einen Zeugenbeistand bezahlt oder ähnliches. Ob derartige Leistungsversprechen erforderlich sind, hängt maßgeblich von den konkreten Verhältnissen der Gesellschaft und von dem sonstigen Versicherungsschutz ab.

9. Unterstützung in Ordnungswidrigkeitenverfahren

Darüber hinaus bieten einige Versicherungen Unterstützungsleistungen in Ordnungswidrigkeitenverfahren an. Hintergrund ist, dass bei Fehlern in der Unternehmensorganisation Ordnungswidrigkeitenverfahren sowohl gegen das Unternehmen als auch gegen den Geschäftsführer persönlich drohen können. Zu denken ist etwa an Verstöße gegen Hygiene-, Arbeitsschutz- oder Produktsicherheitsvorschriften, sozialrechtliche Meldepflichten oder Umweltauflagen.

Derartige Verstöße können sowohl den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllen als auch Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer begründen. Sind der öffentlich-rechtliche und der zivilrechtliche Vorwurf deckungsgleich, dient die Vertretung im Ordnungswidrigkeitenverfahren zugleich der Abwehr möglicher Schadenersatzansprüche.

Sinnvoll ist dabei, wenn die D&O-Versicherung die Kosten einer Firmenstilllegung übernimmt. Dies stellt sicher, dass die Versicherung auch dann zahlt, wenn sich das Ordnungswidrigkeiten-

verfahren noch nicht gegen konkrete Personen richtet. Auf diese Weise lässt sich häufig vermeiden, dass ein Verfahren gegen den Geschäftsführer persönlich überhaupt eingeleitet wird.

10. PR-Berater

Relativ weit verbreitet ist ein Zusatzbaustein, der dem Geschäftsführer im Versicherungsfall einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für einen PR-Berater gewährt. So wichtig eine derartige Beratung im Krisenfall sein kann, ist dieser Zusatzbaustein doch von eher untergeordneter Bedeutung: Droht im Rahmen des Versicherungsfalls ein Reputationsschaden des Unternehmens, wird dieses schon im eigenen Interesse entsprechende Anstrengungen unternehmen und bezahlen. Zudem umfasst der Baustein in der Regel nur die Honorare des Beraters, nicht aber weitere Kosten für Zeitungsanzeigen oder Ähnliches.

11. Fazit

Zahlreiche D&O-Versicherungen bieten mehr als den reinen Haftpflichtschutz bei Vermögensschäden. Vereinbarungen zur Übernahme von Rechtschutzkosten bei Strafverfahren, Kündigungsschutz, Firmenstilllegungen oder sonstigen Anspruchsgrundlagen bilden eine sinnvolle Erweiterung des Schutzes.

Nahezu alle auf dem Markt angebotenen D&O-Versicherungen bieten die eine oder andere Erweiterung des Schutzes an. Welche Zusatzleistungen in welcher Form sinnvoll sind, sollte bei Abschluss der Versicherung stets aufmerksam geprüft werden. ■

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot – Haftung der Gesellschaft bei Vereinbarung einer unwirksamen Regelung mit dem GmbH-Geschäftsführer?



Georg Kalenbach
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Arbeitsrecht,
Partner | rugekrömer
Fachanwälte für Arbeitsrecht

1. Die Ausgangslage: Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots

Während der Dauer des Anstellungsvertrages ist dem GmbH-Geschäftsführer jede Konkurrentätigkeit in Bezug auf die Gesellschaft untersagt. Er unterliegt einem umfassenden Wettbewerbsverbot, ohne dass dies im Anstellungsvertrag ausdrücklich geregelt sein müsste. Das Wettbewerbsverbot ist vertragsimmanent. Es ergibt sich quasi von selbst aus der Treuepflicht des GmbH-Geschäftsführers, die für ihn während der Dauer seines Geschäftsführeramtes und der Laufzeit seines Anstellungsvertrages besteht.

Nach seinem Ausscheiden hat der GmbH-Geschäftsführer § 85 GmbHG zu beachten. Hierbei handelt es sich um eine strafrechtliche Vorschrift, nach der mit Geld- oder Freiheitsstrafe bestraft wird, wer ein Geheimnis der Gesellschaft, namentlich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer bekannt geworden ist, unbefugt offenbart. Dieses Verbot gilt auch dann, wenn der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers keine expliziten Geheimhaltungsregelungen enthält. Da es sich bei § 85 GmbH um ein Schutzgesetz zu Gunsten der Gesellschaft handelt, kann die Gesellschaft den Geschäftsführer bei einer Verletzung der nach § 85 GmbHG strafbewehrten Geheimhaltungspflicht in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB auch zivilrechtlich auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

§ 85 GmbHG verbietet jedoch nur die Offenbarung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses. Dagegen ist es dem GmbH-Geschäftsführer nicht untersagt, nach der Beendigung seines Anstellungsverhältnisses mit der Gesellschaft in Konkurrenz zu treten und hierbei

sein erworbenes Know-how zu verwerten. Denn der durch Art. 12 GG gewährleistete Schutz der Berufsausübungsfreiheit ermöglicht dem GmbH-Geschäftsführer die Aufnahme einer neuen Tätigkeit auch dann, wenn diese mit der Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einhergeht.

Sofern die Gesellschaft eine Konkurrentätigkeit ihres ausgeschiedenen Geschäftsführers verhindern möchte, muss sie mit ihm im Anstellungsvertrag oder gesondert ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbaren. Eine ausdrückliche Vereinbarung ist auch erforderlich, wenn die Gesellschaft nicht (nur) eine Konkurrentätigkeit verhindern möchte, sondern wenn es ihr darum geht, den Wechsel ihres Geschäftsführers zu Kunden oder Lieferanten zu verhindern. Denn ein Verbot, zu einem Konkurrenzunternehmen zu wechseln, schützt in der Regel nicht vor einem Wechsel des GmbH-Geschäftsführers zu Kunden oder Lieferanten.

2. Nichtigkeit des zu weit gefassten Wettbewerbsverbots

Die Wirksamkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote gegenüber Arbeitnehmern richtet sich nach den Regelungen der §§ 74 ff. HGB. Ob diese Vorschriften auch für GmbH-Geschäftsführer gelten, die regelmäßig nicht auf Grundlage eines Arbeitsvertrages, sondern eines Dienstvertrages für die Gesellschaft tätig werden, ist stark umstritten. Die herrschende Meinung in der Literatur und Teile der untergerichtlichen Rechtsprechung wenden die §§ 74 ff. HGB auch auf Fremdgeschäftsführer an und begründen dies mit der einem Arbeitnehmer vergleichbaren wirtschaftlichen und sozialen Abhängigkeit. Dies ist

sehr gut nachvollziehbar, zumal sich gerade im Konzernverbund die Stellung von Geschäftsführern kaum von denjenigen leitender Angestellter unterscheidet.

Dennoch lehnt es der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ab, die §§ 74 ff. HGB auch auf GmbH-Geschäftsführer anzuwenden (grundlegend BGH, Urteil v. 26.3.1984 – II ZR 229/83).

Stattdessen prüft der Bundesgerichtshof, ob die Regelungen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und deshalb nichtig sind. Dies ist der Fall, wenn ein Wettbewerbsverbot nicht dem berechtigten geschäftlichen Interesse der Gesellschaft dient oder wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und die wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers unbillig erschwert.

Daneben unterliegen die mit GmbH-Geschäftsführern vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbote einer AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB, sofern sie – wie in der Regel – von der Gesellschaft vorformuliert und nicht individuell ausgehandelt wurden.

Ein fundamentaler Unterschied der beiden Ansätze (Anwendung der §§ 74 ff. HGB oder Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB) zeigt sich in den Fällen eines inhaltlich zu weit gefassten Wettbewerbsverbots.

Nach § 74a Abs. 1 HGB ist ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses der Gesellschaft dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Karenzentschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers enthält. Das Wettbewerbsverbot wird also auf das zulässige Maß „zurechtgestutzt“ (sog. geltungserhaltende Reduktion).

Bei Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB führt ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot dagegen zur Nichtigkeit und ist damit insgesamt unwirksam. Die Unwirksamkeit kann von jedermann geltend gemacht werden und damit auch von der Gesellschaft, die die Nichtigkeit durch die zu weite Fassung des Wettbewerbsverbotes verursacht hat. Ist demnach der Geschäftsführer zur Einhaltung des Wettbewerbsverbots bereit und verlangt die Karenzentschädigung, so kann sich die Gesellschaft auf die Nichtigkeit berufen und die Zahlung verweigern.



3. Schadensersatzpflicht der Gesellschaft

Ein solches zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot war Gegenstand der Entscheidung des OLG Brandenburg (Urteil v. 15.12.2020 – 6 U 172/18). Dort verlangte eine Geschäftsführerin eine Karenzentschädigung in Höhe von 383.078,39 Euro mit der Begründung, sie habe sich an das im Anstellungsvertrag vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot gehalten. Dieses lautete auszugsweise wie folgt:

„Während der Dauer dieses Vertrages sowie der auf seine Beendigung folgenden drei Jahre ist es dem Geschäftsführer nicht gestattet, für eigene oder fremde Rechnung, selbständig oder unselbständig in einem Betrieb tätig zu werden, der gleichartig mit der GmbH ist oder mit ihr in Wettbewerb treten könnte. In gleicher Weise ist es dem Geschäftsführer untersagt, einen solchen Betrieb zu beraten oder gelegentlich zu unterstützen. Er wird sich während des genannten Zeitraumes auch nicht an Geschäften beteiligen, die von der GmbH getätigt werden könnten.“

Das OLG Brandenburg war der Auffassung, bereits die Vereinbarung einer dreijährigen Geltungsfrist sei unwirksam. Es sei grundsätzlich von einer Geltungsdauer von höchstens zwei Jahren auszugehen.

Auch der räumliche Umfang des Wettbewerbsverbots überschreite das notwendige Maß. Die Vereinbarung grenze den räumlichen Wirkungsbereich des Tätigkeitsverbots in keiner Weise ein und erschwere damit nicht lediglich das berufliche Fortkommen der Geschäftsführerin in ihrem Tätigkeits- und Erfahrungsbereich, sondern

schließe es de facto aus. Es könne kein schutzwürdiges Interesse der GmbH daran bestehen, dass der ehemalige Geschäftsführer für eine gewisse Zeit nach Vertragsbeendigung vollständig als Wettbewerber ausgeschaltet werde.

Schließlich überschreite auch der gegenständliche Umfang des Wettbewerbsverbots die erlaubten Grenzen. Das OLG Brandenburg begründete dies damit, dass der Geschäftsführerin nach der vorgenannten Regelung jede Art von Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen verboten sei, ohne dass die Art ihrer Tätigkeit oder ihrer Stellung eingegrenzt worden wäre. Ein Verstoß wäre danach auch dann gegeben, wenn sie bei einem Konkurrenzunternehmen in untergeordneter oder fachfremder Stellung, wie z. B. als Hausmeister tätig würde. Ein rechtliches Interesse an einer so weitgehenden Einschränkung der beruflichen Tätigkeit sei nicht erkennbar (zum „Hausmeisterargument“ vgl. bereits OLG München v. 2.8.2018 – 7 U 2107/18).

Dies führte nach Auffassung des OLG Brandenburg zur Sittenwidrigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes und damit zur Nichtigkeit der Regelung (§ 138 Abs. 1 BGB). Eine geltungserhaltende Reduktion schied nach dem Vorgesagten ebenfalls aus, sodass die Klägerin aufgrund der Unwirksamkeit der Regelung auch keinen vertraglichen Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung hatte.

Das OLG Brandenburg half der Geschäftsführerin dennoch. Denn es erkannte der Geschäftsführerin einen Schadensersatzanspruch in Höhe der geschuldeten Karenzentschädigung zu. Das Gericht begründete dies damit, dass sich derjenige wegen Verschuldens bei Vertragsschluss haftbar machen kann, der einen von ihm verfassten, aber unwirksamen Vertrag mit seinem Partner schließt. Hier habe

sich die Gesellschaft dadurch schadensersatzpflichtig gemacht, dass sie den unwirksamen Vertragstext formuliert habe und damit bei der Geschäftsführerin das Vertrauen hervorgerufen habe, dass sie ihr eine Karenzentschädigung zahlt, wenn sie nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses von der Aufnahme einer Tätigkeit für einen Mitbewerber Abstand nimmt.

Ein anderer möglicher Ansatz kann in solchen Fällen darin bestehen, es als Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) anzusehen, wenn sich die Gesellschaft auf die selbst herbeigeführte Nichtigkeit der Regelung beruft.

4. Praxistipp

Die oben genannte Rechtsprechung, wonach umfassende Wettbewerbsverbote, die keine Ausnahme für untergeordnete Tätigkeiten vorsehen (z. B. als Hausmeister), unwirksam sind, hat viel Kritik erfahren. Dennoch wird sich die Praxis darauf einstellen müssen. Es sollte daher bei der Formulierung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote darauf geachtet werden, für solche Fälle eine Ausnahme vom Tätigkeitsverbot zu formulieren. Diese könnte wie folgt lauten:

„Das Verbot gilt nicht für untergeordnete Tätigkeiten, die keinen Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen vermitteln und solche Funktionen betreffen, die mit der bisherigen Tätigkeit als Geschäftsführer in keinem Zusammenhang stehen.“ ■





D&O-Versicherungsschutz ist systemrelevant – Warum vor allem die Bedingungen zählen und warum eine Police bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten helfen sollte



Franz M. Held

Senior Executive Advisor,
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt),
Wirtschaftsmediator (MuCDR),
VOV D&O Consulting GmbH

Der Autor gibt ausschließlich seine
persönliche Meinung wieder

Deutschlands Wirtschaft sieht weiterhin schwierigen Zeiten entgegen. Deutlich gestiegene Energiepreise und die unsichere Energieversorgungslage belasten Unternehmen und gefährden auch unseren Wirtschaftsstandort. Diese Herausforderungen zu meistern, ist eine wesentliche Aufgabe der Geschäftsführungen. Ohne den sogar persönlich risikobehafteten Einsatz von Geschäftsführer:innen in Deutschland, würde die Wirtschaft zusammenbrechen. Dafür gebührt ihnen großer Dank. Die landläufige Meinung, Geschäftsführer:innen könnten sich fast alles erlauben und bekommen hinterher noch einen gut gefüllten Geldkoffer, stimmt eben nicht. Gerade im Mittelstand setzen Entscheider praktisch jeden Tag ihre eigene Existenz aufs Spiel. Denn Deutschland geht streng mit seinen Unternehmensleiter:innen um. Diese haften bei Pflichtverstößen gegenüber dem eigenen Unternehmen oder Dritten für einen daraus entstandenen Schaden unbegrenzt mit ihrem gesamten Privatvermögen. Kritisch wird es immer, wenn eine Unternehmensinsolvenz zu befürchten ist. Denn insbesondere in Krisenzeiten haben Unternehmenslenker:innen mögliche Risiken zu identifizieren und zu bewältigen. Gelingt dies nicht und begeht ein Geschäftsführer oder eine Geschäftsführerin einen Fehler, so haften diese mit dem jeweiligen Privatvermögen, wenn sie bei einer Entscheidung nicht die geforderte Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben. Immer noch gehen die meisten D&O-Schadenfälle auf Ansprüche von Insolvenzverwaltern zurück. Gem. § 15a InsO besteht für die Geschäftsführer:innen eine strafbewehrte Pflicht zur Insolvenzantragstellung, wenn der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder der Überschuldung (§ 19 InsO) eintritt. Dabei dient die im Gesetz genannte Drei-Wochenfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO lediglich dazu, den Geschäftsführungen noch die Möglichkeit zu geben, Sanierungsversuche durchzuführen. Der Insolvenzantrag

ist jedoch bereits früher zu stellen, nämlich dann, wenn sich schon vor Ablauf der Drei-Wochenfrist ersehen lässt, dass mit einer Beseitigung der Insolvenzgründe nicht ernstlich zu rechnen ist. Eine zusätzliche Haftungsfalle! Gerade bei Insolvenzverschleppungen werden Jahr für Jahr mehrere tausend Geschäftsleiter:innen juristischer Personen straf- und haftungsrechtlich in existenzgefährdender Weise in Anspruch genommen.

Zwar ist in den letzten Jahren die Zahl der weltweiten Insolvenzen zurückgegangen, was insbesondere auf die zahlreichen staatlichen Unterstützungsmaßnahmen zurückzuführen ist. Allerdings könnte sich das bald ändern. Gemäß einer aktuellen Studie [Energiekrise, Zinsschock und ungebremste Rezession könnten eine Pleitewelle auslösen | Allianz Trade \(allianz-trade.de\)](#) wird nach zwei Jahren des Rückgangs eine breite Beschleunigung der Unternehmensinsolvenzen weltweit prognostiziert. Auf Deutschland bezogen wird eine Zu-



nahme von Unternehmensinsolvenzen in diesem Jahr (2023) in Höhe von 17 % erwartet. Sicherlich muss diese Zahl je nach unterstützenden Maßnahmen der Regierung möglicherweise noch etwas bereinigt werden – es wird im Ergebnis aber bei einer nicht unerheblichen Zunahme von Unternehmensinsolvenzen bleiben.

Und damit steigt erneut das Haftungsrisiko für Geschäftsführer:innen. § 15b InsO verpflichtet Geschäftsführer:innen zum Ersatz jeglicher Zahlungen, die nach dem objektiven Eintritt der materiellen Insolvenz geleistet worden sind. Angesichts durchschnittlicher Verschleppungszeiten von ungefähr einem Jahr ist der Jahresumsatz somit ein guter Anhaltspunkt für die Quantifizierung des Haftungsrisikos, welches auf die Geschäftsführungen bei einem Verstoß gegen die gesetzliche Antragsverpflichtung zukommen kann. Deshalb sind Ansprüche der Insolvenzverwalter mit Forderungen im Millionenbereich nicht selten anzutreffen. Die gute Nachricht lautet aber, dass es sich hierbei um einen grundsätzlich in der D&O-Versicherung mitversicherten Haftpflichtanspruch handelt. Wer als D&O-Anbieter das mit Zahlungen nach Insolvenzreife einhergehende Haftungsrisiko nicht versichern möchte, bringt deshalb einen Insolvenzausschluss auf. Dieses Vorgehen sollte allerdings nicht der Normalfall sein.

Auch ansonsten gibt es immer größere Haftungsrisiken für Geschäftsführer:innen in Deutschland. Steigende Inflation, ESG, gestörte Lieferketten, Fachkräftemangel, Cyber-Risiken bedeuten ebenfalls steigende Haftungsrisiken und erhöhen wiederum das Risiko, das eigene Unternehmen nicht vor einer wirtschaftlichen Schieflage bewahren zu können.

Umso wichtiger ist es, dass die persönlichen Haftungsrisiken von Geschäftsführungen weitestgehend durch eine D&O-Versicherung aufgefangen werden können. Allerdings gibt es keinen Bedingungsstandard, so dass sich der Umfang des Versicherungsschut-

zes je nach Anbieter mehr oder weniger unterschiedlich darstellt. In den letzten Jahren war eine Tendenz festzustellen, dass Quantität oftmals wichtiger zu sein schien als echte Bedingungs-Qualität. Man muss die Frage stellen dürfen, ob eine Unternehmens-D&O-Deckung vorrangig dem Schutz des Privatvermögens der versicherten Geschäftsführer:innen dienen soll oder aber, ob es wichtiger ist, dass das versicherungsnehmende Unternehmen selbst auf eine Vielzahl von Deckungselementen zugreifen kann. Letzteres gipfelt in Deckungselementen, wonach auf die Versicherungssumme zugegriffen werden kann, ohne dass – etwa wegen einer wirksam erteilten Entlastung – überhaupt eine Haftungssituation gegeben ist. Das ist nicht sach- und interessengerecht, da die vorhandene Versicherungssumme ausschließlich für „echte“ Haftungsfälle zur Verfügung stehen sollte. Und zu diesen echten Haftungsfällen gehören, wie bereits dargestellt, eben solche, die mit einer Unternehmensinsolvenz einhergehen können. Aber warum so lange warten, bis der Insolvenzfall eingetreten ist? Ganz besondere Aufmerksamkeit wird schon verlangt, wenn sich ein Unternehmen in wirtschaftlicher Schieflage befindet. Intelligente D&O-Bedingungen sollten deshalb bereits bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines Unternehmens Leistungsinhalte vorhalten, um im Idealfall so einen Beitrag zur Vermeidung der Unternehmensinsolvenz leisten zu können. Zu denken ist hier beispielweise daran, dass die Kosten für Restrukturierungs- und Sanierungsspezialisten zum Zweck der situationsbezogenen Beratung übernommen werden. Gerade in der Phase wirtschaftlicher Schwierigkeiten können D&O-Anbieter folglich mit bedarfsgerechten Leistungsinhalten einen wichtigen Beitrag dazu leisten, das Ruder herumzureißen. Denn jede vermiedene Insolvenz verhindert gleichzeitig auch die potenzielle Inanspruchnahme der Geschäftsführung wegen Zahlungen nach Insolvenzreife. Insofern können D&O-Anbieter mit intelligenten Bedingungsgehalten Haftungsrisiken auch für ihre Portfolios minimieren.

Wenn ein D&O-Anbieter, was je nach zu versicherndem Unternehmen auch legitim ist, für einen im Einzelfall nicht aufgebrachten Insolvenzausschluss eine spürbar höhere Versicherungsprämie aufrufen muss, ist dies vor dem Hintergrund des besseren Deckungsumfanges absolut akzeptabel. Denn davon ausgehend, dass Insolvenzschaadfälle die Nummer 1 der D&O-Inanspruchnahmen darstellen, darf der Insolvenzausschluss aus Sicht der Anbieterseite nicht das Allheilmittel sein und nicht nach dem Gießkannenprinzip aufgebracht werden.

Ebenso könnte es interessengerecht sein, dass der versicherte Personenkreis eingeschränkt wird bzw. alternativ dazu für alle Versicherungsfälle, die nicht die unbegrenzte Organhaftung der Geschäftsführung betreffen, insgesamt nur ein Teilbetrag innerhalb der Versicherungssumme zur Verfügung gestellt wird. Oder aus Sicht der Organmitglieder der versicherungsnehmenden Gesellschaft noch besser: Die volle Versicherungssumme gibt es lediglich für diesen Personenkreis!

Wir müssen also viel mehr am konkreten Bedarf ausgerichteten D&O-Versicherungsschutz anbieten können. Das bedeutet eine sehr viel intensivere Auseinandersetzung mit dem zu versichernden Risiko und den Wünschen der Anfrageseite. Hierdurch kann dann gleichermaßen vermieden werden, dass mehr oder weniger pauschal ganze Branchen mit Insolvenzausschlüssen „beglückt“ werden.

Die D&O-Versicherung ist systemrelevant und muss daher überleben. Aber um zu überleben, müssen die Bedingungsinhalte bedarfsgerecht und die Beiträge risikogerecht sein. Heutzutage wird niemand mehr eine Geschäftsführungsfunktion übernehmen, ohne ihre oder seine damit einhergehende unbegrenzte persönliche Haftung über eine D&O-Versicherung ausreichend abgedeckt zu wissen. Im Interesse der versicherten Geschäftsführer:innen sollten diese Ver-

sicherungslösungen in erster Linie an deren Schutz des Privatvermögens ausgerichtet sein. Und wenn die Bedingungen dann auch noch Kostenübernahmen in Phasen einer wirtschaftlichen Unternehmensschiefelage vorsehen, dann ist dies ein großer Mehrwert, da hierdurch Haftungsszenarien bereits vor ihrer Entstehung wirksam entgegengewirkt werden kann.

Fazit: Die Bedingungen zählen – nicht der Preis!

„Das Geschäftsleben verlangt Entscheidungen: häufig, schnell und nicht selten ohne genaue Vorstellung davon, ob sie nun richtig oder falsch sind.“ ■

[Richard Koch, 1895 – 1972, dt. Schriftsteller und Publizist]



Healthcare Compliance: Relevanz eines Compliance-Management-Systems aus Sicht der GmbH-Geschäftsführung



Marleen Ellinger LL.M.

Associate, Baker McKenzie
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH von
Rechtsanwälten und Steuerberatern



Dr. Philipp Dominik LL.M. oec.

Rechtsanwalt,
Ulsenheimer Friederich Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Eines der jüngsten Paradebeispiele, wie wichtig es für Unternehmen ist, ein funktionierendes Compliance-Management-System („CMS“) zu implementieren, ist die Entscheidung des OLG Nürnberg vom 30.03.2022 (Az. 12 U 1520/19). Das geschädigte Unternehmen des Mittelstandes forderte Schadensersatz in Höhe von über 800.000 EUR vom beklagten Geschäftsführer wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Überwachung eines Mitarbeiters.

Bei der Klägerin verschleierte der für die Akquise und Betreuung von Kunden zuständige Mitarbeiter fehlerhafte Abrechnungsvorgänge. Er missbrauchte dabei seine Befugnis zur Erfassung und Verwaltung von Kundendaten in einer Abrechnungssoftware, um den (teils bereits massiv im Zahlungsverzug befindlichen) Kunden – ohne Absprache mit der Geschäftsführung – einen noch weitreichenderen Kreditrahmen zu gewähren.

Das OLG Nürnberg wies in seinem Urteil darauf hin, es gehöre zum haftungsrelevanten Pflichtenkanon von Geschäftsführern, ein CMS in ihrem Unternehmen zu implementieren und zu beaufsichtigen. Im vorliegenden Fall war jedenfalls ein Kontrollmechanismus für den Tätigkeitsbereich des Mitarbeiters nicht eingerichtet, das sog. „Vier-Augen-Prinzip“ wurde nicht eingehalten.

Treten derartige Compliance-Verstöße in Unternehmen auf, kann dies zur privaten Haftung des Geschäftsführers (vor der in vielen Fällen zwar eine D&O Versicherung schützt) sowie auch zu Reputationsschäden fürs Unternehmen führen.

Auch noch zum Ende der COVID-19 Pandemie werden beispielsweise die nachfolgenden (durchaus risikoträchtigen) Kooperationsmodelle betrieben, die ein funktionierendes CMS zumindest kritisch prüfen sollte:

Kostenfreie

- Überlassung von Medizinprodukten;
- Nutzungsmöglichkeit von Software-Lizenzen/Cloud-Services;
- Lieferung von Sachmitteln;
- Personalüberlassung oder Zurverfügungstellung von Dienstleistungen.

Hierbei besteht das Risiko eines Verstoßes gegen die nachfolgend unter II. b) dargestellten Kodizes (beispielsweise den Kodex Medizinprodukte), jedoch auch gegen § 7 Heilmittelwerbe-gesetz (HWG) sowie auch gegen die Korruptionstatbestände der §§ 299 ff. StGB.

In diesem Beitrag stellen wir überblicksartig dar,

1. was unter den Begriffen Compliance und Compliance-Management-System („CMS“) zu verstehen ist,
2. welche besonderen Anforderungen der Healthcare-Sektor an ein CMS stellt,
3. welche Haftungsrisiken sich hieraus für Geschäftsführer ergeben,
4. wie Haftungsrisiken begegnet werden kann und
5. wie eine beispielhafte Compliance-Struktur aussieht.

I. Was bedeutet Compliance und Compliance-Management-System?

Der Begriff Compliance umfasst mehr als einen unverbindlichen Appell an „ehrenhaftes“ Wirtschaften, vielmehr soll gesetzeskonformes, regelgerechtes bis hin zu ethisch korrektem Verhalten per Gesetz sichergestellt werden.¹

Compliance ist somit der systematische Ansatz, Prozesse und Strukturen in Unternehmen derart zu gestalten, dass die Einhaltung des Rechts gewährleistet und durch Compliance-Officer überwacht wird. Diese Prozesse zu strukturieren ist Aufgabe des CMS.²

Ein CMS umfasst den Bestandteil der Unternehmensorganisation, der die systematische Sicherstellung von rechtskonformem geschäftlichem Handeln aller Unternehmensangehörigen gewährleistet. In einem CMS werden bestenfalls alle Einrichtungen und Maßnahmen gebündelt, die Risiken staatlicher Sanktionen und zivilrechtlicher Haftungsansprüche durch Einhaltung der straf- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, unternehmensinternen Richtlinien und etwaiger verbandsinternen Verhaltenskodizes vermindern sollen.

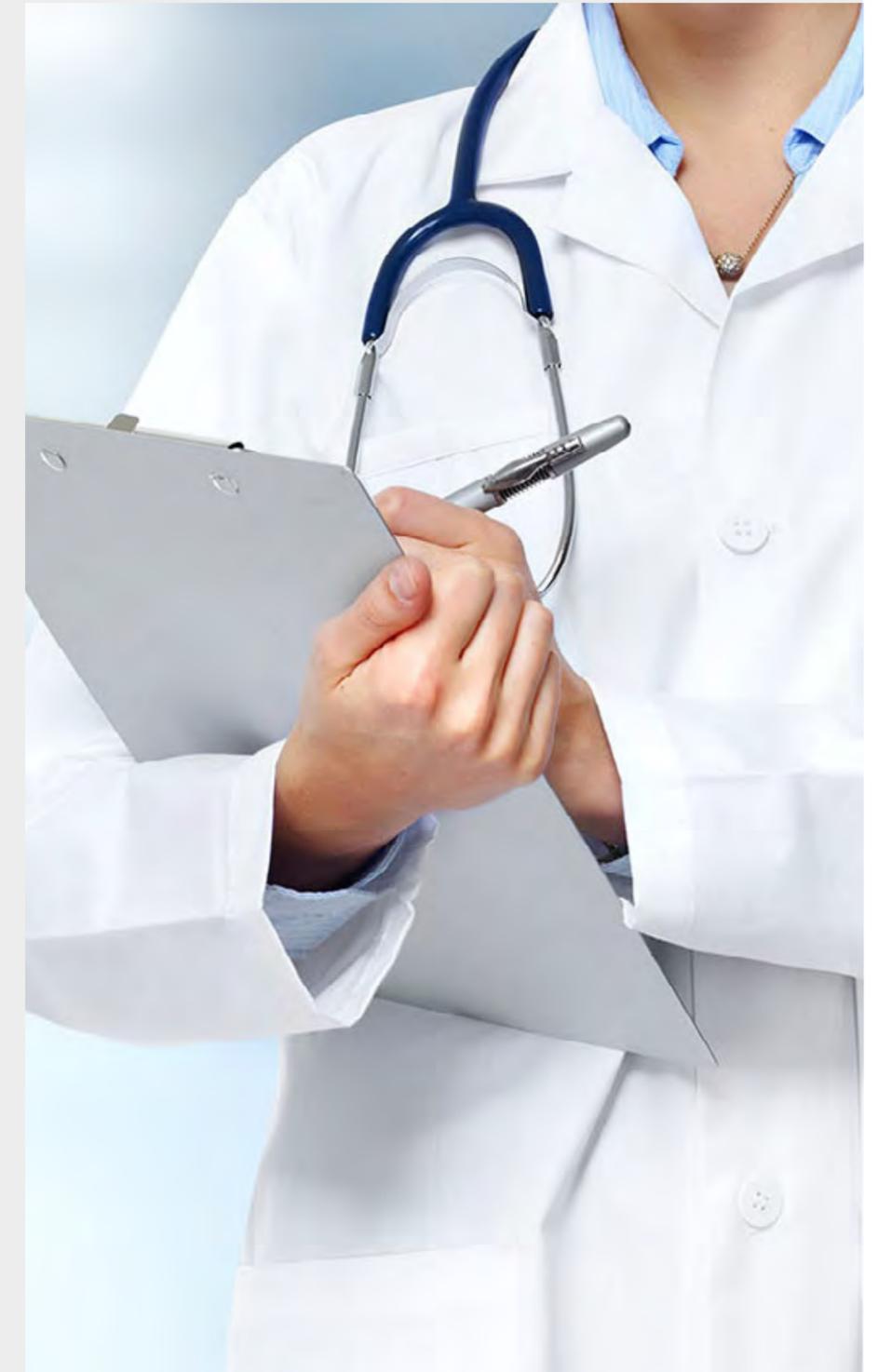
Eine „Blaupause“, wie ein CMS auszugestaltet ist, existiert nicht. Jedes Unternehmen ist anderen Herausforderungen ausgesetzt und benötigt im Detail eine Einzelfalllösung. Die Orientierung an der Gesellschaftsform, Börsennotierung, Stellung im Wettbewerb, Branche, Unternehmensgröße, Internationalität, Geschäftsausrichtung und Vertriebsstruktur sind nur ausgewählte Eigenschaften, die zu beachten sind.

Die Implementierung und Überwachung eines CMS liegt im Verantwortungsbereich der Unternehmensleitung und kann nicht delegiert werden.³ Eine gesetzliche Pflicht zur Schaffung eines CMS besteht indes nicht, wenngleich gesetzeskonformes Verhalten Unternehmen vor staatlicher Intervention am wirkungsvollsten schützt.

In diesem Kontext ist insbesondere § 130 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), der die „Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen“ regelt, von hoher Relevanz. Nach dieser Vorschrift handelt ordnungswidrig, wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um im Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern. Die Pflichten müssen den Inhaber treffen und deren Verletzung muss mit Strafe oder Geldbuße bedroht sein, wenn eine Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen (ein Baustein des CMS).

Mithin trifft den Unternehmensinhaber eine Geldbuße, wenn er keine adäquate Unternehmensorganisation schafft, die Zuwiderhandlungen effizient verhindert oder wesentlich erschwert. § 9 OWiG adressiert die finanzielle Sanktionierung ebenso an den Geschäftsführer und sonst vertretungsberechtigte Organe eines Unternehmens.

Gemäß § 130 Abs. 3 OWiG kann die Geldbuße für den Geschäftsführer 1 Mio. EUR und gegenüber dem Unternehmen sogar 10 Mio. EUR betragen, § 30 Abs. 2 Nr. 1 OWiG.



¹ Dengler/Wiedenfelds in Stief/Bronn, Vertragshandbuch Pharma und Life Science, 2. Auflage 2021, 4. Kapitel A.

² Benjamin Kindermann, Auf einen Blick, Pharma-Verhaltenskodex in der Praxis, 3. Auflage 2018, S. 65.

³ Bartz/Bittner, CCZ 2022, 319.

II. Compliance-Management-System im Healthcare-Sektor

a) Ursprünge der Healthcare-Compliance

Healthcare-Compliance ist keine neumodische Erscheinung, sondern hat sich seit der Aufdeckung des sogenannten „Herzklappenskandals“ in den 1990er Jahren in der Branche etabliert und gewinnt immer mehr an Bedeutung. Im Fokus der Ermittlungen stand die Zusammenarbeit der Medizinprodukteindustrie mit Kliniken und deren Mitarbeitern. Die weitreichende Bedeutung des Herzklappenskandals war Auslöser für die nachfolgend erwähnten Kodizes und eine Reformierung der Korruptionstatbestände.

b) Rechtliche Anforderungen

Compliance-Themen im Healthcare-Sektor stehen im Spannungsfeld der Pharma-/Medizinprodukteindustrie zu Ärzten und medizinischen Einrichtungen. Um nur ein paar Berührungspunkte zu nennen: klinische Prüfungen sowie Beobachtungen, Überlassung von Geräten, Beratungsverträge, Referententätigkeiten, „Fortbildungssponsoring“, Einladungen der Industrie zu Mitarbeiter- oder Produktschulungen, Geschenke, Vergütung von Ärzten, Spenden, etc.

Diese Kooperationsverhältnisse rechtlich einwandfrei auszugestalten, stellt die Praxis häufig vor große Herausforderungen. Orientierung geben Kodizes, Rechtsvorschriften und höchstrichterliche Rechtsprechungen. Der Healthcare-Sektor ist in stetigem Wandel und die Regulatorik versucht, mit den Neuerungen in Forschung, Industrie und Ärzteschaft Schritt zu halten.

aa) Kodizes

Der Gesundheitssektor ist mehr als jeder andere einer Vielzahl von Regulierungen in einzelnen Teilbereichen ausgesetzt. Dass in der Vergangenheit diverse Skandale die Gesundheitsbranche erschütterten, trug auch nicht zur Aufrechterhaltung eines ethisch moralisch korrekten Images der Branche bei. Diesen Umstand nahm die Industrie zum Anlass, unternehmensübergreifende Leitlinien/Verhaltensempfehlungen zu entwickeln. In Form von Kodizes schufen die Industrieverbände Leitlinien, die die juristische Bewertung maßgeblich prägen und zu einer deutlichen Erhöhung der Compliance-Aktivitäten in den Healthcare-Unternehmen geführt haben. In dieser Hinsicht nimmt der Healthcare-Sektor eine Vorreiterrolle ein. Ausfluss dessen ist eine mittlerweile leider fast unüberschaubar gewordene Anzahl an Verhaltensstandards.

Grundsätzlich handelt es sich bei den Kodizes um Regelwerke der Verbände, welche nur ihren Mitgliedern und den freiwillig unterworfenen Unternehmen gegenüber unmittelbar Wirkung entfalten. Gleichwohl werden diese Regelwerke auch zunehmend von Teilen der Rechtsprechung als Beurteilungsmaßstab herangezogen.⁴

Im Kern unterscheidet man den Kodex Medizinprodukte, den FSA-Kodex Fachkreise, den FSA-Kodex Patientenorganisationen, den FSA-Transparenzkodex, den AKG-Kodex Patientenorganisationen sowie den AKG-Kodex Fachkreise, Verhaltensempfehlungen von BAH, BPI und VFA, den Eigenanwendungs-IVD-Kodex.⁵

⁴ Dieners/Lembeck in: Dieners, Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 4. Aufl. 2022, Kapitel 4. Compliance-Management in der betrieblichen Praxis, Rn. 1.

⁵ Vertiefend: ebenda, Rn. 26 ff.

Aufgrund der Vielzahl an Kodizes beschlossen die Verbände einen „gemeinsamen Standpunkt“. Hierdurch haben die führenden deutschen Verbände verbandsübergreifende Hinweise für eine einheitlichere Behandlung der Zusammenarbeit zwischen Industrie, Einrichtungen der Gesundheitsfürsorge und deren Mitarbeiter etabliert, was eine besondere Errungenschaft darstellt.⁶

bb) Rechtsvorschriften

Die Beteiligten des Healthcare-Sektors sehen sich in ihrer Branche einem regelrechten regulatorischen „Paragraphendschungel“ ausgesetzt, der bei der Implementierung des CMS im Blick zu halten ist.

- Relevant im Strafrecht sind insbesondere Korruptionsdelikte wie Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr sowie Untreue- und Betrugsstraftaten. Erst im Jahre 2016 wurden nach einer regen Debatte über die gesteigerte Korruptionsanfälligkeit des Gesundheitssektors mit den §§ 299a, 299b StGB die Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen eingeführt.⁷
- Im Arzneimittelgesetz (AMG) sind beispielsweise die Themen Stufenplanbeauftragter, Informationsbeauftragter, Pharmaberater und Abgabe von Arzneimittelmustern zu beachten.
- Das Wettbewerbsrecht umfasst Beschränkungen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (beispielsweise enthält die Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG mit den 30 Punkten der sogenannten „Schwarze Liste“ eine Auflistung unzulässiger Vertriebs- und Werbeaktivitäten) als auch im Heilmittelwerbeengesetz (welches irreführende Werbung verbietet).
- Ärzte und Veranstalter ärztlicher Fortbildungsveranstaltungen sind zudem zur Einhaltung der Regelungen des ärztlichen Berufsrecht angehalten.
- Schließlich durchzieht das Sozialrecht in vielfältiger Weise die Zusammenarbeit von Industrie, Krankenhäuser und Ärzten.

III. Haftungsrisiken im Kontext eines CMS

1. Wie haftet ein GmbH-Geschäftsführer?

Unter Beachtung der Rechtsordnung hat der GmbH-Geschäftsführer den wirtschaftlichen Vorteil des Unternehmens zu wahren.⁸ Er ist für das gesamte Geschäft der Gesellschaft verantwortlich und obwohl er einzelne Aufgaben an Mitarbeiter delegieren kann, bleibt er verantwortlich für die Organisation und Aufsicht.⁹ Er ist gesetzlich dazu angehalten, mit der von einem ordentlichen Geschäftsmann zu erwartenden Sorgfalt zu handeln, vgl. § 43 Abs. 1 GmbHG.

Ein Geschäftsführer, der den geforderten Sorgfaltsmaßstab nicht einhält, haftet der GmbH persönlich für den daraus entstehenden Schaden, § 43 Abs. 2 GmbHG. Der Anspruch der GmbH auf Schadenersatz kann gegen den Geschäftsführer geltend gemacht werden. Zum ersatzfähigen Schaden zählen unter anderem Positionen, wie der dem Unternehmen entgangene Gewinn, ausstehende Forderungen gegen das Unternehmen oder regressfähige staatliche Sanktionsansprüche.¹⁰

Die Schadensersatzpflicht gilt, wenn der Geschäftsführer selbst rechtswidrig handelt, bekannte Missstände im Unternehmen nicht behebt oder nur unzureichende Maßnahmen implementiert, um Fehlverhalten zu verhindern.¹¹ Er haftet mithin auch für die nur unzureichenden Einführung eines CMS.

Bei unternehmerischen Entscheidungen durch den Geschäftsführer gilt jedoch die sogenannte „Business Judgment Rule“. Obwohl diese gesetzlich nur für den Vorstand einer Aktiengesellschaft (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) kodifiziert ist, gilt sie entsprechend auch für den GmbH-Geschäftsführer.¹² Danach hat der Geschäftsführer nicht für entstandene Schäden zu haften, wenn es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt, die er in gutem Glauben und im

⁶ Folgende Verbände unterstützen den „gemeinsamen Standpunkt“: Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften, Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e.V., Bundesverband der pharmazeutischen Industrie e.V., Bundesverband Deutscher Krankenhausapotheker e.V., Verband der Krankenhausdirektoren Deutschlands e.V. und Verband forschender Arzneimittelhersteller e.V. (vgl. Sonntag/Valluet/Clausen MPR 2014,77 (78)).

⁷ BeckOK StGB/Momsen/Laudien StGB § 299a Rn. 1.

⁸ Altmeppen, 11. Auflage 2023, GmbHG § 43 Rn. 6.

⁹ Erbs/Kohlhaas/Schaal, 243. EL August 2022, GmbHG § 43.

¹⁰ Reichert/Ullrich: in: Beck'sches Handbuch der GmbH, Prinz/Winkeljohann, 6. Auflage 2021, § 20 Compliance in der GmbH, Rn. 52.

¹¹ ebenda, Rn. 51.

¹² Altmeppen, 10. Auflage 2021, GmbHG § 43 Rn. 9.

Einklang mit dem Gesetz getroffen hat. Bei Compliance-Pflichten ist hier jedoch Vorsicht geboten. Das LG München I hat beispielsweise in seiner berühmten Siemens/Neubürger-Entscheidung vom 10.12.2013 (Az. 5 HK O 1387/10) die Business Judgment Rule hinsichtlich der Einführung und Überwachung eines CMS gerade nicht für anwendbar erklärt. Ein Vorstandsmitglied wurde zu einem Schadensersatz in Höhe von 15 Mio. EUR verurteilt, weil er versäumt hatte, ein effektives CMS zu implementieren.¹³

Dies zeigt, dass auch auf zivilrechtlicher Ebene ein nicht nur unerhebliches finanzielles Risiko für Geschäftsführer bei der mangelhaften Einführung eines CMS droht.

2. Risikominimierung durch CMS

Obwohl rechtssichere Anreize für Investitionen in Compliance-Maßnahmen in Deutschland bislang fehlen, kann ein effektives und stets überwacht CMS zur Bußgeldminderung führen.

Das Kammergericht Berlin, Urteil 30.04.1997 (Kart 10/96), entschied auf eine Bußgelderhöhung, wenn ein Unternehmen keinerlei Vorkehrungen zur Vermeidung von Gesetzesverstößen trifft.

Wie bereits erwähnt, führte auch bei der Siemens/Neubürger-Entscheidung des LG München I vom 10.12.2013 (Az. 5 HKO 1387/10) ein unzureichendes CMS zur Verantwortlichkeit des Vorstands.

In einem sogenannten Obiter Dictum zur „Compliance-Defense“ entschied der BGH am 09.05.2017 (Az. 1 StR 265/16) im Falle eines Rüstungsgeschäfts mit Griechenland, in dessen Kontext sich der Vorwurf der Bestechung und Beihilfe zur Steuerhinterziehung bestätigte, dass Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldbemessung Berücksichtigung finden müssen.

Achtung ist indes in dem Fall geboten, in dem jemand eine Straftat begeht und dabei wirksame Compliance-Vorkehrungen überwindet. Der Täter wendet nämlich sodann erhöhte kriminelle Energie auf, was bei der Strafzumessung schärfend berücksichtigt wird.

Wird ein CMS nur als „Deckmantel“ errichtet, liegt auch darin ein Strafschärfungsgrund.¹⁴

IV. Praktische Umsetzung

Häufige Argumente gegen die Implementierung eines CMS sind Kosten, Personalbedarf, Erfordernis externer Beratung, Umstrukturierungserfordernisse, Zeitaufwand und die Abwesenheit von schlechten Erfahrungen in der Vergangenheit.

Sich einem CMS gegenüber zu verschließen, ist aus anwaltlicher Sicht höchst risikoträchtig. Gerade aufgrund des hohen monetären Gefährdungspotenzials sollten Unternehmen diesem Thema Aufmerksamkeit schenken. Und auch aus der Perspektive eines Geschäftsführers stellen sich haftungsrelevante Probleme, wenn er wissentlich die Einführung eines CMS unterlässt oder sogar verhindert.

Um die praktische Umsetzung zu skizzieren, soll ein „Beispiel-CMS“ für ein mittelständisches Unternehmen dargestellt werden. Das System ist selbstverständlich an die individuellen Erfordernisse anzupassen und soll zunächst nur einen ersten Eindruck von einem CMS verschaffen.

Auf oberster Ebene ist die Geschäftsleitung in das System einzugliedern. Sie nimmt die Berichte eines zentralen Compliance Officers entgegen, dem seinerseits dezentrale Compliance Officer unter-

¹³ MüKo AktG/Spindler, 5. Auflage 2019, AktG § 93 Rn. 115.

¹⁴ Natale in: Rotsch [Hrsg.], Criminal Compliance Handbuch, 2015, § 35 A Rn. 39.

stehen. Dieses dreigliedrige System muss ergänzt werden durch ein effektives Zusammenwirken unternehmensinterner Kontrolleinrichtungen wie Qualitätsmanagement, Controlling, Riskmanagement etc.

Das System ist Bürkle, in Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Auflage, 2016, § 36, Rn. 10 ff. nachempfunden:

1. Geschäftsleitung

a) Verantwortungsbereiche

- Einführung des Systems
- Ausgestaltung, Umsetzung, Überwachung
- Festlegung der grundlegenden internen Mechanismen zur gegenseitigen Kontrolle
- Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ eventueller Sanktionen gegenüber den entsprechenden Mitarbeitern

b) Umsetzung

Bei der Ausgestaltung des Systems hat die Geschäftsleitung grundsätzlich einen weitreichenden Spielraum, welcher lediglich eingeschränkt wird durch Branchenstandards und einschlägig bekannte Verstöße im Unternehmen oder der gesamten Branche. Die Frage, an der sich die Geschäftsleitung orientieren sollte, ist: Ist das System geeignet, erforderlich und angemessen?

2. Zentraler Compliance Officer

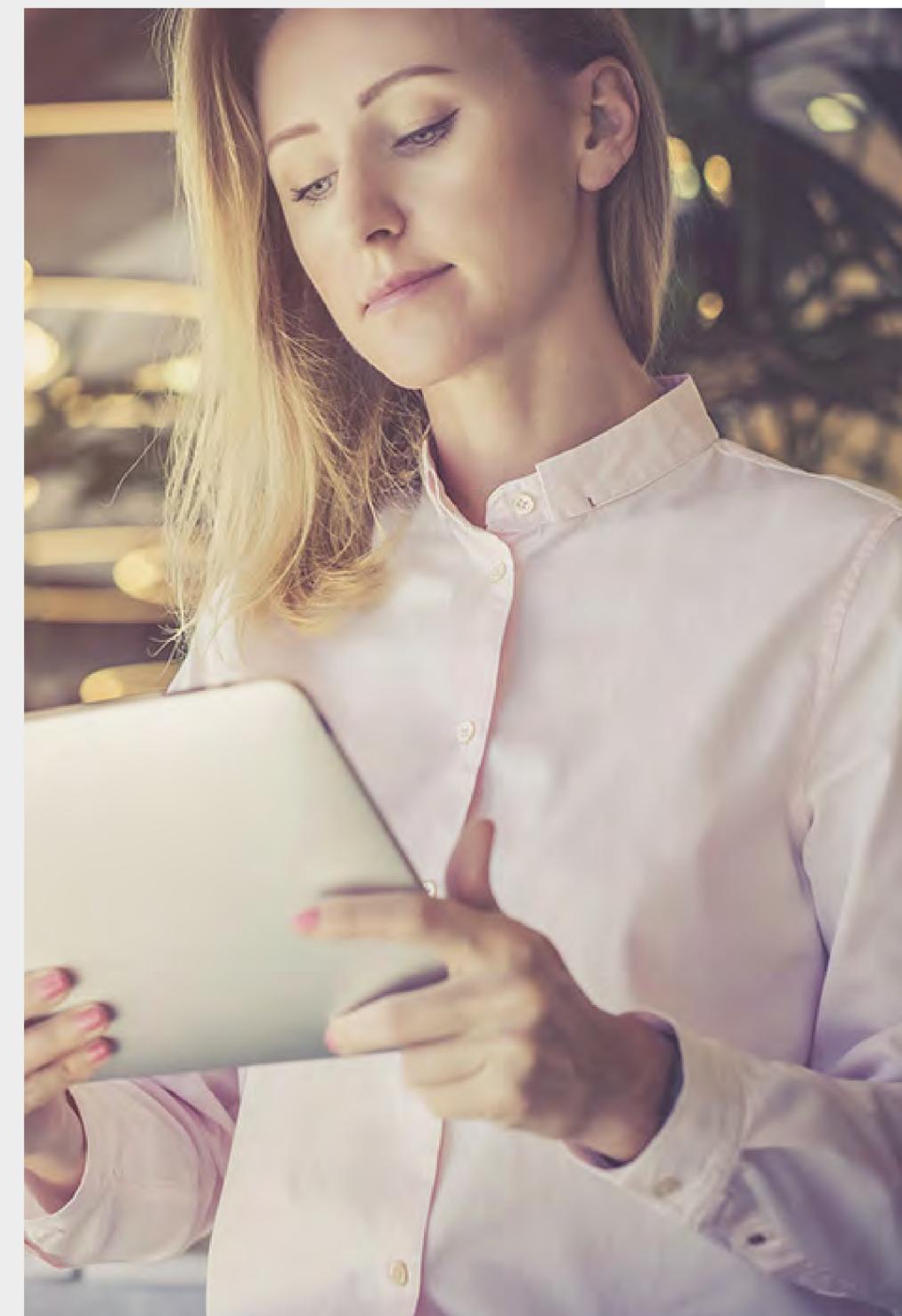
a) Verantwortungsbereiche

- Umsetzung der Vorgaben der Geschäftsleitung
- Implementierung, Dokumentation und Anpassung des Systems an die Vorgaben der Geschäftsleitung
- Vorschläge an die Geschäftsleitung zur Verbesserung des Systems

- Überwachung der Einhaltung der Compliance-Vorgaben im Unternehmen und Meldung relevanter Verstöße an die Geschäftsleitung
- Turnusmäßige oder ad-hoc Berichte über wesentliche Vorkommnisse im Unternehmen und zu erwartende Änderungen der rechtlichen Anforderungen
- Bearbeitung der Meldungen der dezentralen Compliance Officer und Ausarbeitung von entsprechenden Handlungsvorschlägen an die Geschäftsleitung
- Kontaktperson in Compliance-Fragen für die gesamte Belegschaft
- Organisation von Schulungen der Mitarbeiter und dezentralen Compliance Officer
- Enge Zusammenarbeit mit den dezentralen Compliance Officern, hierbei insbesondere Überwachung der Umsetzung der Compliance-Vorgaben, gemeinsame Analyse gefahrgeneigter Unternehmensbereiche, gemeinsame Strategieentwicklung
- Person für externe Stellen in allen Compliance relevanten Fragestellungen

b) Tätigkeitsvoraussetzungen

- Organisatorische Unterstellung unter die Unternehmensleitung
- Unbefristete Bestellung
- Ausschluss der Versetzung
- Inhaltliche Unabhängigkeit des Compliance-Officers, keine aktuelle und bestenfalls frühere operative Tätigkeit im Unternehmen
- Unbegrenzte Auskunfts- und Einsichtsrecht gegenüber den Abteilungen, direkte Kommunikation mit allen Unternehmensbereichen und Mitarbeitern
- Sachgerechte Vergütung



3. Dezentraler Compliance Officer

a) Verantwortungsbereiche

- Umsetzung der Vorgaben des Zentralen Compliance Officers und Betreuung des übertragenen Compliance Bereichs
- Analyse und Beurteilung des übertragenen Bereichs hinsichtlich gefahrträchtiger Abläufe und Strukturen
- Aufbereitung und Recherche der einschlägigen rechtlichen Vorgaben und branchenspezifischen Gefährdungspotentialen
- Enge Kommunikation mit den Fachbereichen zur Ermittlung risikoträchtiger Tätigkeitsbereiche (die Erteilung von Weisungen bleibt jedoch den Bereichsleitern beziehungsweise den leitenden Funktionsträgern des Bereichs vorbehalten)
- Umsetzung und Einführung von Strukturen zur Einhaltung der rechtlichen Vorgaben, insbesondere Erstellung von Organisationsanweisungen, Richtlinien, Guidelines, System der „Checks and Balances“
- Entwicklung eines Kontrollprogrammes und Überwachung der Abläufe mittels interner Revisionsmaßnahmen
- Dokumentation der gesamten Vorgänge und Berichterstattung an den Zentralen Compliance Officer zur Ermittlung von Optimierungspotentialen
- Analyse von Beratungs- und Schulungsbedarf

V. Fazit und Ausblick

Dem CMS wird im Rahmen von gerichtlichen Verfahren und Ordnungswidrigkeitenverfahren künftig eine immer größere Bedeutung zukommen. Unternehmen und Geschäftsführer sollten noch sorgfältiger darauf achten, Compliance-Maßnahmen sowie den genauen Zeitpunkt, zu welchem diese ergriffen wurden, gut zu dokumentieren, um gegebenenfalls gegenüber Gerichten und Behörden einen entsprechenden Nachweis führen zu können. Die Dokumentation sollte hierbei eine Compliance-Risikoanalyse sowie konkrete Präventionsmaßnahmen umfassen. Nach dem Bekanntwerden von Verstößen sollten Schwachstellen umgehend identifiziert und effektiv beseitigt werden.

Merke: Ein sinnvolles CMS wird nicht charakterisiert durch Strenge, sondern durch vernünftige, maßvolle Pflichten.

Es ist zu erwarten, dass sich der in den letzten Jahrzehnten abgezeichnete Trend zunehmender Regulatorik im Healthcare-Sektor fortsetzen wird. Daher wird das Erfordernis eines effektiven CMS und die Beachtung dessen sektorspezifischen Anforderungen für Geschäftsführer unumgänglich. ■

Regressansprüche des Sozialversicherungsträgers bei Arbeitsunfällen – ein unterschätztes Risiko



Dr. Berit Kochanowski LL.M.
Rechtsanwältin Mediatorin
in Graz; auch zugelassen in München

Eine Unachtsamkeit, Alltagshektik, Zeitdruck... und schon ist es passiert. Ein Beschäftigter erleidet einen Arbeitsunfall und wird erheblich verletzt. Die Rettungskette wird in Gang gesetzt, die erforderlichen Meldungen werden erstattet, die Behörden ermitteln. Bei allen ist die Betroffenheit groß.

Hinsichtlich der finanziellen Folgen des Unfalls wähnt sich der Arbeitgeber in Sicherheit. Der Beschäftigte war ordnungsgemäß zur Sozialversicherung gemeldet, die Beiträge zur Sozialversicherung sind bezahlt. Die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung werden die finanziellen Ansprüche des verletzten Beschäftigten übernehmen. Der Arbeitgeber, insbesondere der Geschäftsführer, ist gesetzlich ja von der Haftung freigestellt. Aber ist das wirklich immer so?

Haftungsprivileg nach § 104 SGB VII ff

Unternehmer haften den Versicherten, deren Angehörigen und Hinterbliebenen für die Folgen eines Arbeitsunfalls nur ausnahmsweise. Die Haftungsbefreiung erfasst auch Mitarbeiter desselben Betriebes untereinander. Das Gesetz beschränkt die Haftung für Personenschäden auf Fälle, in denen der Unfall vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wurde.

Bindung der Gerichte an die Entscheidungen der Sozialversicherungsträger

Ob ein Arbeitsunfall vorliegt und aus diesem Unfall Leistungen zu erbringen sind, wird im Verfahren bei den Sozialversicherungsträgern, ggf. durch das Sozialgericht entschieden. Die Gerichte sind an die Entscheidungen dieser Behörden gebunden. Liegt noch keine bindende Entscheidung vor, haben sie das Verfahren auszusetzen. Sie können daher bei Prüfung von Ersatzansprüchen nicht zum Ergebnis kommen, dass kein Arbeitsunfall vorliegt, wenn die BG oder das Sozialgericht das Vorliegen eines Arbeitsunfalls bejaht haben. Dies ergibt sich aus § 108 SGB VII.

Rückgriffsansprüche der Sozialversicherungsträger nach § 110 SGB VII

Personen, deren Haftung gegenüber dem verletzten Beschäftigten nach den §§ 104 bis 107 SGB VII beschränkt ist, haften den Sozialversicherungsträgern für die Aufwendungen, die aus Anlass des Arbeitsunfalls entstanden sind, wenn sie den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Der Höhe nach ist dieser Regressanspruch mit der Höhe des Betrages begrenzt, der zivilrechtlich als Schadensersatz gefordert werden kann.



Vorsatz liegt nach § 276 BGB dann vor, wenn der Unfall mit Wissen und Wollen verursacht worden ist. Der Vorsatz muss dabei nicht nur die bloße Schädigungshandlung, sondern gerade auch Eintritt und Umfang des Schadens umfassen. Bedingter Vorsatz genügt. Bedingt vorsätzlich handelt, wer die als möglich erkannte Körperverletzung billigend in Kauf nimmt, also mit ihr für den Fall des Eintritts einverstanden ist (Schneider in Unfallhaftpflichtrecht, 17. Aufl., § 38 RZ 177).

Grobe Fahrlässigkeit liegt nur bei einer objektiv besonders krassen und auch subjektiv unentschuldbaren Pflichtverletzung vor. Es muss demnach ein objektiv schwerer und subjektiv nicht entschuldbarer Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorgelegen haben. Diese Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maß verletzt worden sein, und es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (Schneider in Unfallhaftpflichtrecht, 17. Aufl., § 38 RZ 295).

Zu den Personen, die in Regress genommen werden können, zählen auch die Geschäftsführer, nicht zuletzt aber auch das Unternehmen selbst. Die Haftung des Unternehmens ordnet § 111 SGB VII dann an, wenn die vertretungsberechtigten Geschäftsführer den Arbeitsunfall vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht haben. Die Haftung des unmittelbaren Verursachers nach § 110 SGB VII bleibt unberührt. Deshalb haften ggf. der Geschäftsführer und das Unternehmen gemeinsam für den entstandenen Schaden.

Das Rückgriffsrecht der Versicherungsträger gegen den Unternehmer bzw. den schädigenden Arbeitskollegen gemäß § 110 SGB VII geht weiter als die Haftung derselben gegenüber dem Verletzten. Einerseits greift die Haftung nicht nur bei vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls ein. Vielmehr genügt bereits grobe Fahrlässigkeit. Zum anderen haftet der Unternehmer ebenso wie der schädigende Ar-

beitskollege oder Geschäftsführer für sämtliche Aufwendungen des Versicherungsträgers (Schneider in Unfallhaftpflichtrecht, 17. Aufl., § 38 RZ 290)

Indizwirkung der Vorschriften zur Unfallverhütung (DGUV)

Die Unfallversicherungsträger (UV-Träger) erlassen DGUV-Vorschriften, deren Einhaltung von den Aufsichtsdiensten der UV-Träger überprüft wird. Daneben haben die einzelnen UV-Träger ein eigenes Regelwerk (Regeln, Informationen und Grundsätze) erarbeitet. Der Umstand, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften zur Unfallverhütung vorliegt, führt oft dazu, dass seitens des Unfallversicherungsträgers grobe Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz unterstellt wird. Dieser Auffassung ist der BGH entgegengetreten: In seiner Entscheidung vom 21.07.2020, VI ZR 369/19 hat er klargestellt, dass **nicht jeder Verstoß gegen einschlägige Unfallverhütungsvorschriften zugleich ein grob fahrlässiges Verhalten im Sinne von § 110 SGB VII ist.**

Es kommt nach Ansicht des BGH vielmehr darauf an, ob

- die Unfallverhütungsvorschrift den Schutz des Beschäftigten vor tödlichen Gefahren und elementaren Sicherungspflichten zum Inhalt hat und
- ob nur unzureichende Schutzvorkehrungen getroffen wurden oder von diesen sogar gänzlich abgesehen wurde.

Wurde von vorgeschriebenen Schutzmaßnahmen gänzlich abgesehen, liegt ein objektiver Verstoß gegen elementare Sicherungspflichten vor, die einen Rückschluss auf ein gesteigertes Verschulden rechtfertigen.





Allerdings setzt der BGH voraus, dass die für die Sicherheit der Beschäftigten auf einer Arbeitsstelle verantwortlichen Personen Kenntnis der zu beachtenden Schutzbestimmungen haben. Auf Unkenntnis der DGUV-Bestimmungen kann sich daher der Arbeitgeber nicht berufen, diese wäre vielmehr ein für die Beurteilung des Verschuldensgrades wesentlicher Umstand (BGH 18.02.2014, VI ZR 51/93).

Der österreichische OGH folgt dieser grundsätzlichen Einschätzung. Danach bedeutet nicht jede Übertretung einer Unfallverhütungsvorschrift grobe Fahrlässigkeit. Der OGH stellt aber klar: Eine Mehrzahl jeweils für sich allein nicht grob fahrlässiger Fehlhandlungen kann grobe Fahrlässigkeit begründen, wenn diese in ihrer Gesamtheit als den Regelfall weit übersteigende Sorglosigkeit anzusehen sind (OGH 15.05.2022, 8 Ob 34/22s).

Der EuGH stuft Verletzungen von Vorschriften des Arbeitszeitrechts und des Urlaubsrechts ebenfalls als Verstoß gegen Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer ein. Ob Unfälle und/oder Berufskrankheiten, die Folge krasser Verstöße gegen Arbeitszeitvorschriften oder Urlaubsbestimmungen sind, ebenfalls Regressansprüche der Sozialversicherungsträger auslösen können, ist soweit ersichtlich noch nicht entschieden.

Was gilt bei Arbeitsunfällen mit Auslandsbezug?

Diese Fälle werden durch Art 36ff der VO (EG) 883/2004 geregelt. Danach gelten bei Fällen mit Bezug zum EU-Raum die Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates, dessen Sozialversicherungsträger die Leistungen aus dem Arbeitsunfall zu gewähren haben. Regelmäßig kommt es dabei auf den Ort der Beschäftigung an und nicht auf den Wohnsitz des Arbeitnehmers, wie der OGH aus Anlass einer Versehrtenrente klargestellt hat (OGH 21.06.2022, 10 ObS 72/22 v).

Die Vorschriften zur Haftungsfreistellung von Arbeitgebern und den von ihnen beschäftigten Arbeitnehmern richten sich nach Auffassung des BGH nach dem auf den Geschädigten anzuwendenden SV-Recht. Dies ergibt sich nun aus Art 85 der VO (EG) 883/2004 (BGH 07.11.2006, VI ZR 211/05 zur Vorgängerregelung EWG VO 1408/71).

Fazit:

Der Geschäftsführer und seine Führungskräfte sollten schon im eigensten Interesse vermehrt auf die Unfallprävention im Unternehmen achten und regelmäßig prüfen, inwieweit den für das Unternehmen relevanten Unfallverhütungsvorschriften und sonstigen

Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer entsprochen wird. Dies verhindert nicht nur erhebliches Leid für die Beschäftigten und deren Angehörige, sondern vermeidet auch Regressansprüche gegen den Geschäftsführer selbst und sein Unternehmen. ■

Unternehmensleitung im Spannungsfeld der Geopolitik



Dr. Christian Altenhofen
Rechtsanwalt | Knowledge Lawyer
(Global Transactions)
Freshfields Bruckhaus Deringer
Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB

1. Einleitung

„Make politics an avocation, not a vocation“.

[Milton Friedman]

Lange Zeit verlagerten Unternehmen ihre Produktionsstätten in andere Länder, etwa auf Grund eines verbesserten Rohstoff- und Ressourcenzugangs bzw. um von niedrigeren Rohstoff- und Energiepreisen, Löhnen und Steuererleichterungen zu profitieren. Über geopolitische Zusammenhänge mussten sich Geschäftsleiter nur selten Gedanken machen.

Geschäftsführer, die sich heute das Zitat von Milton Friedman auf ihre Fahnen schreiben, werden allerdings zunehmend Gefahr laufen, von geopolitischen Ereignissen und Entwicklungen (negativ) überrascht zu werden – und im schlimmsten Fall persönlich für dieses Versäumnis zu haften. Das Gegenteil ist heute nämlich richtig: Die Einschätzung internationaler politischer Entwicklungen ist ein wichtiger Teil des Pflichtenkanons deutscher Geschäftsleiter und nicht bloße Nebensache. Es geht gerade nicht nur darum, über Politik mitreden zu können, wie von einem Journalisten jüngst geschrieben wurde. Geopolitik muss sowohl bei der Strategieentwicklung als auch beim Risikomanagement Berücksichtigung finden.

2. Zeitenwende

Geopolitisch gehen die meisten Experten von einer Zeitenwende aus. So zeitigte der Einmarsch Russlands in die Ukraine harte Konsequenzen für viele Wirtschaftsakteure. Einige Unternehmen konnten ihre russischen Tochterunternehmen oder Assets verkaufen. Anderen blieb am Ende nichts anderes übrig, als die Assets im Milliardenbereich abzuschreiben.

Auch der Konflikt zwischen den USA und der Volksrepublik China über die Taiwan-Frage spitzt sich zu, und die Tonlage wird bisweilen schärfer. Jüngstes Beispiel für die zunehmenden Spannungen ist der chinesische Ballon, der am Ende vom amerikanischen Militär abgeschossen wurde. Zahlreiche Gesetze und Gesetzesinitiativen, Sanktionslisten und Abkommen ebnen diesen Weg in eine neue, multipolare Welt, in der zu den drei großen Akteuren USA, China und Europa eine Vielzahl lokaler Machtzentren kommen, etwa Iran, Türkei, Indien und Pakistan.

Zu den prominentesten US-Gesetzgebungsmaßnahmen gehören weitreichende Exportbeschränkungen für bestimmte Güter nach China bzw. zu Lasten bestimmter Unternehmen sowie Importbeschränkungen von Gütern aus bestimmten Regionen Chinas (Stichwort: Uiguren). Auch die EU hat reagiert und verschärft Import- und Exportbeschränkungen, Investitionskontrollverfahren, Geldwäscherecht, Lieferkettenrecht und Sanktionsgesetze.

3. Beispielsfälle für den neu entstandenen Konnex zwischen Unternehmensleitung und Geopolitik

Drei Beispielsfälle sollen verdeutlichen, wie sich geopolitische Entwicklungen auf Ebene der Unternehmensleitung durchschlagen.

a) Fußball WM in Katar

Die Fußball WM in Katar hat die westliche Welt polarisiert. Wie geht man mit dem Emirat am Persischen Golf um? Was normalerweise ein Grund zum Mitfiebern und geselligem Zusammensein mit Freunden bedeutete, konnte auf einmal für Unternehmen ernsthafte finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen. Und so wurde in vielen Boardrooms diskutiert, was passieren würde, wenn man die WM unterstützt, das aber einem Kunden oder Lieferanten missfällt. Was gilt für den Fall, dass man einen Sportler sponsort, der sich offen gegen das Emirat oder ein anderes Regime engagiert? Wie verhindert man eine Assoziation und damit auch eventuelle Repressalien aus dem Land?

Der Geschäftsleiter hat die Pflicht, Schäden hinsichtlich Unternehmensreputation abzuwenden (Corporate Reputation Management). Reputationsschäden sind dabei keinesfalls eine Bagatelle. In China haben europäische Unternehmen unlängst diese

Erfahrung machen müssen, als chinesische Influencer von dem Kauf von deren Produkten abgeraten hatten (Stichwort: H&M).

b) Hafeninvestments aus China

Ein weiterer Fall, in dem Geopolitik eine zentrale Rolle spielte, war die Teiluntersagung bzw. die Genehmigung in Höhe von 24,9 % der chinesischen Cosco-Beteiligung am Hamburger Hafenterminal Tollerort. In der Öffentlichkeit kontrovers diskutiert, waren sowohl Wirtschaftsakteure als auch Politik hin und hergerissen: Auf der einen Seite ging es um die finanzielle Unterstützung eines langjährigen Wirtschaftspartners und den Erhalt des Hafenterminals. Auf der anderen Seite stand zu befürchten, dass kritische Infrastruktur in Abhängigkeit gerät.

c) Bankgeschäfte mit dem Iran

Ein letzter Fall zeigt noch deutlicher das Spannungsfeld, in dem sich Unternehmensleiter heute bewegen: In einem vor dem OLG Hamburg geführten Verfahren verklagte eine iranische Bank (Bank Melli Iran) ein Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG, da letzteres einen Vertrag über die Erbringung von Kommunikationsdienstleistungen mit der Bank aus dem Iran kündigte.

Zum Hintergrund: Nach Aufkündigung des Iran-Abkommens durch die vom damaligen Präsidenten Donald Trump regierten

USA 2018 wurde die Bank auf die Specially Designated Nationals and Blocked Person List des US-amerikanischen Office of Foreign Assets (OFAC), zugehörig zum US Department of the Treasury, gesetzt. Aus diesem Grund kündigte die Telekom-Tochter 2018 gegenüber der iranischen Bank das Vertragsverhältnis, denn bei der Bank handelte es sich um einen Akteur, der mit sog. secondary sanctions belegt wurde. Das sind Sanktionen, die nicht eine US-Gesellschaft oder US-Privatpersonen, sondern Dritte betreffen. Konsequenz für den Fall der Missachtung dieser Sanktionen ist der Ausschluss aus dem US-Bezahlsystem und sämtlichen US-Finanzinstitutionen. Mit anderen Worten: dem Unternehmen wird der Zugang zum US-Markt abgeschnitten.

Demgegenüber besteht mit Art. 5 Abs. 1 der EU-Verordnung VO (EG) Nr. 2271/96 des Rates vom 22.11.1996 (sog. Blocking-Verordnung) eine diametral entgegenstehende Pflicht für Unternehmen: Art. 5 Abs. 1 der besagten VO untersagt es nämlich, derartigen Verboten von Drittstaaten nachzukommen. Sich hierauf berufend, forderte die iranische Bank Fortsetzung des Vertragsverhältnisses – und bekam vom OLG Hamburg Recht, das Art. 5 Art. 1 als Verbotsnorm im Sinne des § 134 BGB einstuft.

4. Wie können sich Unternehmensleiter gegen solche Risiken absichern?

Den Geschäftsleiter trifft neben der Pflicht zur Entwicklung einer Unternehmensstrategie die Pflicht zur Entwicklung einer Risikoüberwachungsstruktur und mithin die Pflicht zur Entwicklung eines Prozesses zur Evaluation und Anpassung der Unternehmensstrategie.

a) Kardinalpflicht: Geopolitische Risiken systematisch erfassen

Grundlage für die Einbeziehung von geopolitischen Entwicklungen in die Unternehmensstrategie ist das sog. „geopolitical risk mapping“, bei dem eine bestimmte Strategie im Ausland aus zwei Blickwinkeln beleuchtet wird: zum einen ist die länderspezifische Sicht einzunehmen (z. B. Änderung der rechtlichen, administrativen oder gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, wobei auch längerfristige Faktoren wie Bevölkerungswachstum eine entscheidende Rolle spielen können) zum anderen müssen externe Faktoren beleuchtet werden (z. B. welche zivilen und militärischen Bündnisse ein Land eingeht und wie sich die Außenpolitik des Landes verhält).

Ist eine Strategie einmal beschlossen und umgesetzt, müssen sich Geschäftsleiter konstant über geopolitische Risiken vor Ort informieren und Rat einholen. Generell ist bei Lieferketten darauf zu achten, dass nicht allein monetäre Faktoren (der billigste Lieferant) entscheidend sind, sondern andere Faktoren einbezogen werden. So müssen z. B. Kriege, das sog. US/China-Decoupling und seine Folgen und multilaterale Sanktionsregime ebenso berücksichtigt werden, wie innerstaatliche Konflikte (z. B. soziale Unruhen, Nationalismus-Bewegungen, links- oder rechtsextreme Regierungen, die an die Macht kommen könnten) oder disruptive Gesetzgebung (Änderungen z. B. beim Eigentumsschutz, bei Import- oder Exportkontrollvorschriften, bei Steuergesetzen), und Staats-Korruption. Nicht nur bei staatlicher Unterstützung oder Duldung von Terrorismus und Sabotage-Aktivitäten, von Cyber-Kriminalität und Betriebsspionage sollten alle Warnsignale leuchten.

b) Due Diligence

Allerdings bildet das sog. „geopolitical risk mapping“ lediglich die Grundlage eines angemessenen Risikomanagements. So muss überprüft werden, ob Kündigungs- oder sonstige Beendigungsrechte auch bei „politischen Umfeldveränderungen“ bestehen (von chinesischer Seite wird dies übrigens seit jeher in Verhandlungen forciert). Auch

eine angemessene Geschäftspartner-Due Diligence bezogen auf das Unternehmen, die Lieferanten, Joint-Venture-Partner oder Investoren als Vertragspartner, aber auch auf die Geschäftsführer und die unmittelbaren sowie mittelbaren Gesellschafter des Vertragspartners, ist erforderlich (sofern dies nicht ohnehin schon aus Geldwäschegesichtspunkten geschehen muss).

c) Investitionsstrukturen richtig aufsetzen und Risiken versichern

Auch sollten Investitions- und Acquisitionsstrukturen entsprechend ausgestaltet werden: Vor allem völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen müssen beachtet werden. Insbesondere die Exit-Strategie sollte mitgedacht werden: Auch wenn der (Teil-)Verkauf nur ultima ratio ist, so muss er dennoch in die strategischen Überlegungen mit einbezogen werden, um eine Wiederholung der Ergebnisse aus dem Russland-Exit zu vermeiden.

Schließlich ist die Versicherbarkeit von Risiken und der Erhalt staatlicher Investitionsgarantien zwingend bei allen Investitionen in Risiko-Länder zu prüfen.

5. Ausblick

Der CEO Outlook von KPMG für 2023 stellt fest, dass das Management geopolitischer Risiken als eine der zentralen Herausforderungen für CEOs angesehen wird. Beruhigend ist jedoch: Zukünftige Entwicklungen lassen sich zwar nicht präzise vorhersagen – viele Ereignisse sind dennoch abschätzbar, wenn man das notwendige Hintergrundwissen hat.

Bei allen Problemen mit der Geopolitik muss auch ein naheliegender Gedanke erlaubt sein: Je mehr man von der Lieferkette im

Inland behält (Stichwort: Regionalisierung von Wertschöpfungsketten), desto weniger Probleme hat man mit der Überwachung eben jener Lieferkette bzw. mit Gesetzen anderer Länder.

Eines ist jedoch mittlerweile klar: Für alle Unternehmen, die außerhalb Deutschlands operativ tätig sind, ist Geopolitik kein Thema für Kaffeeplauderei – es ist ab sofort fester Bestandteil des Pflichtenkanons der Geschäftsleiter! ■



Von der Schönwetter-Selbständigkeit zur Schlechtwetter-Selbständigkeit – ein unterschätztes Risiko. Wie das Bundessozialgericht die Beitragsschlinge für Gesellschafter-Geschäftsführer immer enger zieht



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

I. Selbständigkeit und Sozialversicherungspflicht

Jahrzehntelang war es für Mitarbeiter im eigenen Unternehmen gang und gäbe: Gesellschaftergeschäftsführer und Arbeitnehmergesellschaftler sorgten selbst für ihre soziale Absicherung, sei es durch Lebensversicherungen, private Krankenversicherung oder Vermögensrücklagen. Um die Beteiligungsverhältnisse brauchte man sich nicht zu kümmern um sicher zu sein, von den Sozialversicherungsträgern nicht zu Beitragszahlungen herangezogen zu werden. Auch wer nur eine geringe Minderheitsbeteiligung am Familienunternehmen hielt oder gar nicht beteiligt war und nur als Fremdgeschäftsführer im elterlichen Unternehmen arbeitete, blieb beitragsrechtlich verschont. Um der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen zu entgehen, reichte es aus, wegen „familienhafter Rücksichtnahme“ nicht wie ein beschäftigter Arbeitnehmer behandelt zu werden oder sich als „Know-how-Träger“ oder „Kopf und Seele“ des Betriebs darstellen zu können. In all diesen Fällen gingen die Sozialversicherungsträger nicht von einer „Beschäftigung“ im Unternehmen aus, sondern von selbständiger Tätigkeit mit der Folge, dass die Geschäftsführer und Gesellschafter ihre Vorsorge auf lukrativerem Weg als der gesetzlichen Sozialversicherung gestalten konnten.

¹ BSG, Urteil vom 11.11.2015 – B 12 AL 2/14 R

² siehe den Beitrag „Was GmbH-Geschäftsführer vom Sozialversicherungsrecht wissen sollten“ in EBook GmbH-Geschäftsführer 2019, S. 50-53

II. Die November-Urteile des Bundessozialgerichts

Der 11. November 2015 brachte einen Paukenschlag für die Praxis der Sozialversicherung. Der Status von mitarbeitenden Gesellschaftern und Geschäftsführern wurde durch drei Urteile des BSG („Novemberurteile“) einem neuen Rechtsmodell unterworfen.¹ Geschäftsführer und Gesellschafter, die ihr Unternehmen schon viele Jahre als Geschäftsführer mit oder ohne Gesellschafterstellung geführt hatten, wurden nun als abhängig Beschäftigte eingeordnet. Sie wurden dadurch in die gesetzliche Sozialversicherung hineingezwungen und ihre Gesellschaft musste Beiträge an die Deutsche Rentenversicherung Bund abführen. Dass sie eine eigene private Versorgung aufgebaut hatten, half nichts. Auch wer bisher als Geschäftsführer und Mitinhaber seines Unternehmens die Arbeitgeberfunktion gegenüber den Mitarbeitern ausgeübt hatte, wurde nach einer Betriebsprüfung zum abhängig Beschäftigten, dem das BSG nolens volens den Schutz der gesetzlichen Rentenversicherung, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung angedeihen ließ. Als selbstständig wurde nur noch eingestuft, wer kraft seiner Rechtsmacht als Gesellschafter unliebsame Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gegen sich abwehren konnte.² Anderenfalls kam es zu Beitragsnachforderungen in der Größenordnung von 70.000 bis 80.000 Euro pro Gesellschafter. Da es in Familiengesellschaften häufig mehrere Betroffene gab, sahen sich die Gesellschaften nicht selten Beitragsbescheiden über mehrere 100.000 Euro ausgesetzt. Insgesamt soll das Volumen der nachgeforderten Beiträge für vermeintlich selbstständige Gesellschafter-Geschäftsführer inzwischen die Milliardengrenze überschritten haben.

III. Vermeidungsstrategien

Aufgrund dieser restriktiven Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wurde versucht, durch Gestaltungen von Gesellschaftsvertrag und Geschäftsführervertrag eine persönliche Abhängigkeit von unliebsamen Weisungen der Gesellschafterversammlung zu vermeiden und die beitragsfreie Selbstständigkeit zu erhalten. Der bloßen familienhaften Rücksichtnahme, also dem Gewährenlassen von Geschäftsführern ohne mindestens 50-prozentige Beteiligung durch die Mehrheit der Familiengeschafter, wurde ebenso wie Stimmbindungsvereinbarungen außerhalb der Satzung vom BSG eine Absage erteilt. Eine solche „Schönwetter-Selbstständigkeit“ sei mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht hinnehmbar.³ Als sicher konnten sich Geschäftsführer und mitarbeitende Gesellschafter nur noch wännen, wenn sie mit mindestens 50 % an ihrer Gesellschaft beteiligt waren. Häufig sind die Beteiligungsverhältnisse in Familiengesellschaften jedoch anders. Minderheitsgeschafter-Geschäftsführer wie z. B. der mit 20 % beteiligte Sohn der Gründer benötigen zur Abwehr „unliebsamer Weisungen“ der Gesellschaftermehrheit ein Vetorecht. Das ist jedoch von den Mehrheitsgeschaftern häufig nicht gewünscht, um Blockaden bei den Beschlussfassungen zu verhindern. Andere Rettungsversuche gingen deshalb dahin, Minderheitsgeschafter-Geschäftsführern ein Sonderrecht zur Geschäftsführung einzuräumen oder zu vereinbaren, dass die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit keine Weisungen erteilen darf.

All diesen Gestaltungen erteilte das BSG in seiner weiteren Rechtsprechung nach den Novemberurteilen von 2015 eine Absage, soweit sie außerhalb des Gesellschaftsvertrages geregelt sind, also etwa nur im Geschäftsführerdienstvertrag oder in Vereinbarungen zwischen den Geschaftern. Vetorechte bei qualifizierten Beschlussmehr-

heiten im Gesellschaftsvertrag werden vom BSG nur noch anerkannt, wenn sie uneingeschränkt gelten und nicht lediglich für einzelne Beschlussgegenstände (partiell Vetorecht).⁴ Dass Fremdgeschäftsführer stets abhängig beschäftigt und somit sozialversicherungspflichtig sind, stellte das BSG am 14.03.2018 klar.⁵

IV. Kritik an der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

Die ausufernde Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sieht sich zunehmender Kritik ausgesetzt. So wird bemängelt, dass der Schutzzweck des Sozialrechts kein anderer sei als derjenige des Arbeitsrechts, und Geschäftsführer vom Bundesgerichtshof grundsätzlich und vom Bundesarbeitsgericht in der Regel nicht als Arbeitnehmer angesehen werden.⁶ Geschäftsführer sind aufgrund ihrer organschaftlichen Pflichten unabhängig von den Wünschen der Gesellschafter als Treuhänder der Allgemeinheit für die Erfüllung der Kapitalschutzregeln und der Legalitätspflicht verantwortlich, um Dritte vor Schaden zu bewahren. Deshalb müssen sie bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes ungeachtet der Wünsche der Gesellschafter Insolvenzantrag stellen. Mit dieser gesetzlichen Aufgabe sei die Vorstellung einer „sozialen Abhängigkeit“ des Geschäftsführers von den Geschaftern schon im Ansatz unvereinbar.⁷

Auch das Fehlen klarer Abgrenzungskriterien für die Definition der versicherungspflichtigen Tätigkeit in der Rechtsprechung wird zunehmend kritisiert.⁸ In der Tat ist kaum begründbar, weshalb Bundesgerichtshof und Bundesarbeitsgericht GmbH-Geschäftsführer als freie Dienstnehmer betrachten, die keines gesetzlichen Kündigungsschutzes und anderer Arbeitnehmer-Schutzrechte bedürfen, das Bundessozialgericht aber selbst Geschafter-Geschäftsführer, die mit 50 % an Ihrem Unternehmen beteiligt sind, in die gesetzliche

³ BSG Urt. v. 11.11.2015 – B 12 R 2/14 R, Rdn 41

⁴ BSG Urt. v. 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R

⁵ BSG, Urteil vom 14.3.2018 – B 12 KR 13/17 R Rdn 20

⁶ Altmeyden, NJW 2022, 2785

⁷ Altmeyden, aaO, Rdn 35

⁸ Borggräfe/Mischnick DB 2022, 1452

Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zwingt. Der Systembruch zeigt sich auch daran, dass in der Krankenversicherung bei Überschreiten der Pflichtversicherungsgrenze davon ausgegangen wird, dass die Betroffenen eigenverantwortlich Vorsorge gegen Krankheitsrisiken treffen und nur geringer Verdienende gesetzlichem Zwang unterworfen werden. Warum demgegenüber der Geschäftsführer einer GmbH, die ihm zur Hälfte gehört, in der er Arbeitgeber ist und die ihm Einkünfte und Gewinne in vielfacher Höhe der Pflichtversicherungsgrenze ermöglicht, zwangsweise der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung unterworfen wird, ist weder systematisch noch teleologisch zu erklären.

V. Von der Schönwetter-Selbstständigkeit zur Schlechtwetter-Selbstständigkeit

Unbeeindruckt von der zunehmenden Kritik an seiner Rechtsprechung zieht das Bundessozialgericht die Beitragsschraube für Gesellschafter-Geschäftsführer immer stärker an. Mit neuen Entscheidungen verfolgt es sein Ziel, möglichst viele Beitragszahler für die gesetzliche Sozialversicherung zu gewinnen, weiter. Dem Urteil vom 01.02.2022⁹ liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger ist mit 49 % am Stammkapital seiner GmbH beteiligt und ihr einziger Geschäftsführer. Bestimmte im Gesellschaftsvertrag aufgelistete Angelegenheiten bedürfen zur Beschlussfassung einer qualifizierten Mehrheit von 75 % der Stimmen, im Übrigen genügt die einfache Mehrheit. Außerdem ist dem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für die Dauer seiner Beteiligung das Sonderrecht eingeräumt, Geschäftsführer der Gesellschaft zu sein oder einen solchen zu benennen. Das Bundessozialgericht sieht den Gesellschafter-Geschäftsführer nicht als selbstständigen Unternehmer an, sondern als abhängig Beschäftigten und führt zur Begründung aus:

„Der selbständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer muss in der Lage sein, einen maßgeblichen Einfluss auf alle Gesellschafterbeschlüsse auszuüben und dadurch die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens umfassend mitbestimmen zu können. Ohne diese Mitbestimmungsmöglichkeit ist der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer nicht im „eigenen“ Unternehmen tätig, sondern in weisungsgebundener, funktionsgerecht dienender Weise in die GmbH als seine Arbeitgeberin eingegliedert.

Die Tätigkeit ist nur dann unternehmerisch, wenn er auf alle wesentlichen Grundlagenentscheidungen Einfluss nehmen kann. Der Gesellschafter-Geschäftsführer muss daher Gewinnchancen und Unternehmensrisiken mitbestimmen und damit auf die gesamte Unternehmertätigkeit einwirken können. Dazu gehört insbesondere die dem Unternehmenszweck Rechnung tragende Bilanz-, Finanz-, Wirtschafts- sowie Personalpolitik.“

In den Urteilsgründen weist das Gericht darauf hin, dass es bisher entschieden habe, ein selbstständiger Gesellschafter-Geschäftsführer müsse „zumindest“ ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Mit dieser Formulierung sei die erforderliche Rechtsmacht aber weder auf die ablehnende Haltung des Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers nur gegenüber Weisungsbeschlüssen der Gesellschafterversammlung reduziert noch auf dessen gewöhnliche Geschäftsführung eingeengt worden. Da-

⁹ BSG, Urteil vom 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R

mit sagt das BSG zwar noch nicht klar und eindeutig, dass es für eine unabhängige Tätigkeit im eigenen Unternehmen nicht mehr ausreicht, mit einer 50 % Beteiligung oder einer Sperrminorität unliebsame Entscheidungen der Gesellschafterversammlung verhindern zu können. Es deutet aber sehr deutlich an, dass es für den Status als sozialversicherungsfreier Selbstständiger nun der rechtlichen Möglichkeit bedarf, das Unternehmen durch die Herbeiführung von Entscheidungen in der Gesellschafterversammlung aktiv steuern zu können und das bloße Verhindern der Steuerung durch andere Gesellschafter nicht mehr ausreicht.¹⁰ Das BSG folgt auch nicht dem Argument des Klägers, er könne aufgrund seiner Sonderrechte von der Gesellschafterversammlung nicht abberufen werden, sodass es sanktionslos bleibe, wenn er Weisungen der Gesellschafterversammlung nicht beachte:

Anzuerkennen ist weder eine „Schönwetter-Selbstständigkeit“ lediglich in harmonischen Zeiten infolge einer rein faktischen Alleinherrschaft (...) noch eine „Schlechtwetter-Selbstständigkeit“ auf Grundlage einer sich über die Unternehmensverfassung und, den in diesem Rahmen gefassten Willen der Gesellschafter hinwegsetzenden „Unrechts“ macht.¹¹

In dieselbe Richtung deuten die neuesten Entscheidungen des BSG zum Status von Gesellschafter-Geschäftsführern. Im Verfahren über die Klage eines mit 50 % beteiligten GmbH-Gesellschafters¹² liegen die Entscheidungsgründe noch nicht vor, im Terminbericht zur Verhandlung vom 13.12.2022 heißt es jedoch:

„Auch bei der Statusbeurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers kommt es nicht allein auf dessen Weisungsfreiheit im eigenen Tätigkeitsbereich an. Vielmehr muss dieser auch in der Lage sein, auf die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens insgesamt Einfluss zu nehmen und damit die GmbH wie ein Unternehmensinhaber zu lenken. Andernfalls ist er nicht im „eigenen“ Unternehmen tätig, sondern in funktionsgerecht dienender Weise in die GmbH als seine Arbeitgeberin eingegliedert.“

Die „Rechtsmacht“ zur Verhinderung unliebsamer Weisungen bekommt demzufolge eine neue Bedeutung: die bloße Möglichkeit, Mehrheitsentscheidungen der Gesellschafter verhindern zu können, reicht nicht mehr aus. Das führt dazu, dass nunmehr auch Geschäftsführer, die eine Mehrheitsbeteiligung an ihrer Gesellschaft halten, der Sozialversicherungspflicht unterliegen, wenn ihrer Stimmenmehrheit Vetorechte oder Sperrminoritäten anderer Gesellschafter entgegenstehen.

¹⁰ So auch Rossa-Heise, GmbH-StB 2023, 15

¹¹ BSG, Urteil vom 1.2.2022 – B 12 KR 37/19 R Rdn 21

¹² BSG, Urteil vom 15.12.2022 – B 12 KR 16/20 R

Zusammenfassung

Durch Entscheidungen des Bundessozialgerichts im Jahr 2022 ist neue Unsicherheit bei der Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status von Gesellschafter-Geschäftsführern eingetreten. Noch ist nicht bekannt, welche Konsequenzen die Betriebsprüfer der Deutsche Rentenversicherung Bund aus den neuen Urteilen ziehen werden. Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH müssen sich aber darauf einstellen, dass ihr Status ab jetzt einer noch kritischeren Prüfung unterzogen wird. Das sollten GmbH-Geschäftsführer schon deshalb ernst nehmen, weil sie aufgrund ihrer Legalitätspflicht dafür verantwortlich sind, dass ihre GmbH die Sozialversicherungsbeiträge korrekt abführt. Hohe Nachzahlungen, die bei ordnungsgemäßer Statusprüfung vermeidbar gewesen wären, sind haftungsträchtig. Soll sichergestellt werden, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer ihre Vorsorge weiterhin eigenverantwortlich auf privatrechtlicher Grundlage gestalten können, empfiehlt sich eine sorgfältige rechtliche Prüfung dringender denn je. ■



Was ist bei der Wahl des Abschlussprüfers zu beachten und welche Fallstricke können sich ergeben?



Susanne Erb

Rechtsanwältin, Partnerin
Stiftungsberaterin (DSA),
Zertifizierte Beraterin für
Gemeinnützigkeitsrecht (WIRE)



Elisaweta Thome

Rechtsanwältin,
Bette Westenberger Brink Rechtsanwälte
PartGmbH

Die Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft ist für die Erstellung und Vorlage des Jahresabschlusses verantwortlich und legt diesen den Gesellschaftern „zur Feststellung“ vor. Mit der Feststellung des Jahresabschlusses genehmigen die Gesellschafter die vorgelegten wirtschaftlichen Zahlen und Fakten zur Geschäftsführung der Gesellschaft.

Ab einer bestimmten Größe müssen Gesellschaften ihren Jahresabschluss und ihren Lagebericht von einem Abschlussprüfer auf Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit prüfen lassen. Ohne diese Prüfung kann der Jahresabschluss nicht festgestellt werden.

Ein vor kurzem vom Landgericht Frankfurt am Main (Aktenzeichen: 2-11 O 78/20) entschiedener Fall zeigt, welche drastischen Konsequenzen es haben kann, wenn ein Wirtschaftsprüfer seine umfangreichen Pflichten verletzt.

Wir nehmen dies zum Anlass, die Abschlussprüfung zu beleuchten und auf etwaige Stolpersteine hinzuweisen.

Die Abschlussprüfung – was ist das und wozu gibt es sie?

Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft (GmbH, UG, AG) haben grundsätzlich einen Abschlussprüfer zu bestellen, wenn es sich nicht um eine **kleine**, sondern um eine **mittelgroße oder große Kapitalgesellschaft** handelt. Um eine mittelgroße Kapitalgesellschaft handelt es sich, wenn zwei der drei folgenden Kriterien erfüllt sind:

- **Bilanzsumme von mehr als 6 Mio. Euro**
- mehr als **12 Mio. Euro Umsatzerlöse** in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag
- mehr als **50 Arbeitnehmer** im Jahresdurchschnitt

Ist die Gesellschaft kapitalmarktorientiert („an der Börse“) oder erfüllt zwei der drei folgenden Kriterien, handelt es sich um eine große Kapitalgesellschaft:

- **20 Mio. Euro** Bilanzsumme
- **40 Mio. Euro** Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag
- mehr als **250 Arbeitnehmer** im Jahresdurchschnitt

Die Abschlussprüfung dient dazu, dass die Angaben in Jahresabschluss und Lagebericht durch eine vertrauenswürdige, unabhängige Stelle überprüft und bestätigt werden. Ein Abschlussprüfer muss demnach feststellen, ob die Buchführung ordnungsgemäß durchgeführt wurde, ob korrekt bilanziert wurde und ob die Gewinn- und Verlustrechnung vollständig aufgestellt wurde. Auf diese Weise erfolgt auch eine deutlich bessere Information der Aufsichtsorgane (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat), denen dadurch eine noch effektivere und bessere Kontrolle der Geschäftsführung ermöglicht wird. Auch wenn der Abschlussprüfer von den Gesellschaftern bestimmt wird, eng mit der Gesellschaft zusammenarbeitet und viele vertrauliche Informationen erlangt, gehört er nicht der Gesellschaft an. Er bleibt vielmehr eine unabhängige Kontrollinstanz, die von außen die Gesellschaft mit einem differenzierten Blick überprüft. Somit mutet die Stellung des Abschlussprüfers etwas zwiespältig an. Einerseits erfüllt der Abschlussprüfer eine gesetzlich vorgeschriebene Prüfung als eine Art öffentlicher Auftrag und andererseits wird er von der Gesellschaft, welche er prüfen soll, gewählt und bezahlt.

Bei einer mittelgroßen GmbH oder Personengesellschaften (KG, OHG) reicht es in der Regel aus, wenn ein Buchprüfer als Abschlussprüfer gewählt wird. Bei großen Kapitalgesellschaften darf aber nur ein Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gewählt werden, der sich einer so genannten Qualitätskontrolle bzw. Pflichtprüfung unterworfen hat. Hierfür erhält er eine entsprechende Teilnahmebescheinigung. Hat keine Prüfung des Jahresabschlusses stattgefunden, so kann der Jahresabschluss nicht festgestellt werden.

Die wirksame Bestellung des Abschlussprüfers setzt sich aus drei Rechtsakten zusammen. Hierzu zählen die Wahl des Abschlussprüfers durch die Gesellschafter bzw. die Hauptversammlung, die Auftragserteilung durch das zuständige Organ (gesetzliche Vertreter bzw. Aufsichtsrat) sowie die Auftragsannahme durch den Abschlussprüfer. Die Wahl gilt jeweils nur für ein Jahr, aber eine Wiederwahl ist zulässig.

Besondere Kompetenzen und Pflichten von Wirtschaftsprüfern

Wirtschaftsprüfer sind Experten auf dem Gebiet der Buchführung, des Wirtschafts- und Steuerrechts. An ihre Kompetenz und Integrität werden hohe Anforderungen gestellt. Nur knapp die Hälfte aller Prüfungskandidaten – die häufig schon eine Prüfung zum Steuerberater absolviert haben – besteht das anspruchsvolle und kostspielige Wirtschaftsprüferexamen. Außerdem unterliegen Wirtschaftsprüfer besonderen Berufspflichten, die in zahlreichen Gesetzen normiert sind. Besonders bedeutsam ist die Wirtschaftsprüferordnung (WPO), die an Wirtschaftsprüfer ähnliche Anforderungen stellt, wie es sie zum Beispiel auch für Anwälte gibt. So dürfen Wirtschaftsprüfer neben ihrer Prüfertätigkeit keinem Gewerbe nachgehen und nicht in eigenen Angelegenheiten prüfen.

In dem oben genannten Fall vor dem Landgericht Frankfurt hat eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft für einen Mandanten neben der Abschlussprüfungstätigkeit auch einen Käufer für ein Tochterunternehmen auf Honorarbasis vermittelt. Wie Rechtsanwälte unterliegen aber auch Abschlussprüfer bestimmten Tätigkeitsverboten. Hier bestanden nicht nur Interessenskonflikte, die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft verstieß auch gegen das Verbot der Doppeltätigkeit. Das hatte zur Folge, dass die Mandatsvereinbarung der Vermittlungsleistung nichtig war und dem Wirtschaftsprüfer sein Honorar in Höhe von über 300.000,00 Euro nicht zustand. Das Gericht führt hierzu Folgendes aus:

„Die zwischen den Parteien geschlossene Mandatsvereinbarung ist [...] nichtig. [...] Nach der Rechtsprechung [sind] Verträge, die gegen berufsrechtliche Tätigkeitsverbote verstoßen, [...] nichtig. [...] Der Abschlussprüfer begibt sich, wenn er neben der Tätigkeit als Abschlussprüfer noch eine gewerbliche Vermittlungstätigkeit wahrnimmt, eindeutig in einen Interessenkonflikt und das Vertrauen der Allgemeinheit in seine Arbeit als Abschlussprüfer wird beeinträchtigt. Wirtschaftsprüfer unterliegen verschiedenen Berufspflichten [...]. Hierzu gehören insbesondere Unabhängigkeit, Unbefangenheit und Unparteilichkeit.“

Es ist also besondere Vorsicht geboten, wenn eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Abschlussprüfer bestellt wird, die auch für weitere Leistungen beauftragt wird. Rein betriebswirtschaftliche Beratungsleistungen sind zulässig, jedoch sollte die zusätzliche Mandatierung des Wirtschaftsprüfungsunternehmens genauestens kontrolliert werden.

Pflichten der Gesellschaft

Auch die Gesellschaft, die geprüft werden muss, unterliegt bestimmten Pflichten. Selbstredend muss sie stets die oben genannten Schwellenwerte im Auge behalten, die eine Prüfpflicht auslösen. Versäumt man dies, ist der Jahresabschluss, welcher nicht durch einen Abschlussprüfer geprüft wurde, nichtig. Die Nichtigkeit schlägt dann durch auf die Ausschüttungen an die Gesellschafter, die bei bereits erfolgter Ausschüttung zurückgefordert werden.

Sobald absehbar ist, dass die Werte in entsprechende Höhen steigen, sollte ein Abschlussprüfer rechtzeitig gewählt werden, weil er in der Regel schon bei der Vorratsinventur eingebunden werden muss.

Außerdem ist auch darauf zu achten, dass der Abschlussprüfer die erforderlichen Qualifikationen nachweisen kann. Die Angaben lassen sich im Zweifelsfall bei der Wirtschaftsprüferkammer überprüfen, die nicht nur die Wirtschaftsprüfer bestellt, sondern auch die Berufsaufsicht ausübt.

Auswahl des Abschlussprüfers

Unter bestimmten Umständen darf eine Person nicht als Abschlussprüfer gewählt werden. Zwei dieser Ausschlussgründe – die Doppelbetätigung und die Befangenheit – haben wir oben bereits genannt. Folgende Sachverhalte sollten daher bei der Wahl des Abschlussprüfers kritisch bewertet werden:

- Steht der Abschlussprüfer in einer besonderen persönlichen Beziehung zur Gesellschaft (z.B. Ausbildung in der Gesellschaft absolviert, langjährige berufliche Arbeit in der Gesellschaft)?

- Besteht ein besonderes wirtschaftliches oder persönliches Interesse des Prüfers an einem bestimmten Prüfungsergebnis (z. B. wirtschaftliche Beteiligung an der Gesellschaft, umfangreiche Verträge wie Darlehen mit dem Unternehmen, wirtschaftliche Auswirkungen eigener Handlungen auf den Abschluss)?
- Hat der Abschlussprüfer Interessen, die den Interessen des Unternehmens widerstreben könnten (z. B. Beteiligungen an Konkurrenzgesellschaften, eigene Unternehmungen)?
- Kann das Unternehmen auf den Abschlussprüfer besonderen Einfluss nehmen (z. B. Beschäftigung naher Angehöriger oder guter Freunde)?

Auch durch eine langjährige, intensive Zusammenarbeit bezogen auf die Prüfertätigkeit kann es dazu kommen, dass die Befangenheit entsteht. Sobald dieser Verdacht aufkommt, sollten unbedingt Schutzmaßnahmen getroffen werden, indem zum Beispiel andere Prüfer einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in den Prozess eingebunden werden oder durch vertragliche Absprachen für mehr Transparenz gesorgt wird.

Organisation und Bereitstellung der Unterlagen

Ist ein Abschlussprüfer bestellt, müssen ihm rechtzeitig die erforderlichen Unterlagen beschafft werden. Die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft sind dazu verpflichtet, die Unterlagen betreffend die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft bereitzustellen. Dazu gehören vor allem aktuelle Handelsregisterauszüge und die aktuelle Fassung der Satzung, die im aktuellen Jahr getroffenen Gesellschafterbeschlüsse und Nachweise über die wesentlichen wirtschaftlichen Bezüge.





Stellt man dem Abschlussprüfer die Unterlagen nicht oder stets nur verzögert zur Verfügung, kann es dazu kommen, dass der Abschlussprüfer misstrauisch wird.

Optimalerweise werden die relevanten Daten und Dokumente vorab ordentlich aufbereitet und dem Abschlussprüfer in strukturierter Form bereitgestellt. Zur Ordnung der Dokumente sollte beim ersten Erstellen der Unterlagen der Abschlussprüfer befragt werden.

Nach erfolgter Prüfung

Der Abschlussprüfer muss einen schriftlichen Prüfungsbericht erstellen, der die Lage des Unternehmens beurteilen soll. Sofern keine Einwendungen zu erheben sind, hat der Abschlussprüfer den Bestätigungsvermerk zum Jahresabschluss zu erteilen: Das unbeschränkte Testat.

Zusammenfassung

Die unterlassene Prüfung eines Jahresabschlusses von mittelgroßen oder großen Kapitalgesellschaften kann gravierende Rechtsfolgen nach sich ziehen und dazu führen, dass ggf. vorgenommene Ausschüttungen zurückgefordert werden können. Behalten Sie daher die Schwellenwerte im Blick. Bei der Bestellung des Abschlussprüfers ist höchste Sorgfalt im Hinblick auf dessen Kompetenz und Integrität geboten. Darüber hinaus sollte Vorsicht geboten sein, wenn neben der Abschlussprüfung noch weitere Leistungen beauftragt werden. Die Gesellschaft sollte – gerade bei einer erstmaligen Prüfung – die Abschlussprüfung nicht nur als eine lästige gesetzliche Pflicht sehen, sondern auch die durch die Prüfung gewonnenen wertvollen Daten und Informationen auswerten und in ihre Unternehmensführung miteinfließen lassen. ■

Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – (K)ein Thema für KMU's?



Stephanie Kappen
Rechtsanwältin, Partnerin,
Certified Chief Compliance Officer

Seit dem 01.01.2023 gilt in Deutschland für alle Unternehmen mit mind. 3.000 Beschäftigten das Gesetz über die Sorgfaltspflichten in der Lieferkette (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG). Ab dem 01.01.2024 wird es für alle Unternehmen mit mind. 1.000 Beschäftigten gelten. Die vom Gesetz betroffenen Unternehmen müssen künftig ein Risikomanagement vorhalten, um menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken ihrer Lieferkette zu erkennen und zu mitigieren.

Wer gehört zur Lieferkette?

Die Lieferkette umfasst dabei den eigenen Geschäftsbereich und vor allem unmittelbare Zulieferer. Die unmittelbaren Zulieferer müssen regelmäßig einer Risikoanalyse unterzogen werden, um feststellen zu können, ob und wie weit in die Lieferkette involvierte Personen oder die Umwelt durch die eigene Geschäftsbeziehung zu schaden kommen können. Vor diesem Hintergrund wird die Bewertung der menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken ein Thema, mit dem sich alle Unternehmen auseinandersetzen müssen, die in einer Zulieferbeziehung bestehen. In unserem Beitrag wollen wir zeigen, mit welchen Anforderungen hier zu rechnen ist und wie sich ein betroffenes Unternehmen aktiv darauf vorbereiten kann.



Mina Cho
Rechtsanwältin, Associate, Master of Arts
Bette Westenberger Brink
Rechtsanwälte PartGmbH

Ich bin ein kleiner Zulieferer – Sorgfaltspflichten auch für mich?

Die Relevanz für Zulieferunternehmen wird sich künftig bereits vor Eingehung einer Geschäftsbeziehung zu einem nach dem Lieferkettengesetz verpflichteten Unternehmen ergeben. Das Gesetz erwartet im Rahmen des Risikomanagement, dass bereits bei der Auswahl eines unmittelbaren Zulieferers eine Berücksichtigung der menschenrechts- und umweltbezogenen Standards zu erfolgen hat. Auch Unternehmen, die selbst nicht zu den Verpflichteten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes gehören, müssen daher damit rechnen, dass sie künftig von ihren potenziellen Vertragspartnern dazu aufgefordert werden, zu diesen Themen Informationen bereit zu stellen und es wird von ihnen auch erwartet werden, dass sie wiederum bereit und in der Lage sind, dem potenziellen Vertragspartner zu garantieren, dass auch ihre eigenen Zulieferer menschenrechts- und umweltbezogene Risiken angemessen mitigieren.

Vertragliche Zusicherungen der Lieferketten-Compliance

Das LkSG beschreibt als eine mögliche angemessene Präventionsmaßnahme zur Umsetzung dieser gesetzlichen Anforderung das Instrument der vertraglichen Zusicherung. Das bedeutet, dass KMU's zum Beispiel damit rechnen müssen, dass von ihnen die Bestätigung von Compliance-Policies erwartet wird, in denen der Vertragspartner Mindeststandards des Risikomanagement definiert, deren Einhaltung zum einen vom Zulieferer selbst erwartet und zum anderen



den Zulieferer dazu auffordert, diese Mindeststandards auch entlang seiner eigenen Lieferkette umzusetzen. Inhaltlich ist im Bezug auf die Compliance-Erklärung zu erwarten, dass die Zulieferer zusichern müssen, dass sie ihrerseits eine Risikoanalyse betreffend der menschenrechts- und umweltbezogenen Risiken in ihrem eigenen Geschäftsbereich durchführen und dass sie diese Risiken auch bei ihren Vertragspartnern in den Blick nehmen.

Aufbauend auf der Risikoanalyse wird auch das Vorhalten von Präventionsmaßnahmen eingefordert werden, die den festgestellten Risiken angemessen begegnen. Somit wird es im Ergebnis auch für nicht direkt vom LkSG betroffene Unternehmen notwendig werden, ihren eigenen Geschäftsbereich, sowie ihre Zulieferkette einer Risikoanalyse zu unterziehen.

Risikoanalyse – Praktisches Lösungsmodell

Konkret bedeutet die Durchführung der Risikoanalyse, dass zunächst abstrakt festzustellen ist, welchen Risiken der eigene Geschäftsbereich ausgesetzt ist und welche bei den Zulieferern festzustellen sind. Die identifizierten Risiken sind sodann zu gewichten und zu priorisieren. In der Praxis stellt die Agentur für Wirtschaft und Entwicklung ein sehr hilfreiches Tool zur Durchführung der Risikoanalyse zur Verfügung. Kostenlos und online abrufbar können KMU's mit dem CSR-Risikocheck, einem Online-Tool zur Einschätzung der lokalen Menschenrechtssituation sowie Umwelt-, Sozial- und Governancethemen, arbeiten. Es kategorisiert dabei nach Produkten und Dienstleistungen sowie im Bezug auf das Ursprungsland. Das Tool gibt Einblick in die potenziellen sozialen und ökologischen Risiken, die relevant sein können. Das Tool hilft auch dabei eine Einschätzung zu gewinnen, welche Risiken in der konkreten Lieferkette eines KMU's bzw. auch im eigenen Geschäftsbereich von Relevanz

sind. Nach erfolgreicher Durchführung der Risikoanalyse stellt sich die Frage, wie fortlaufend eine Überprüfung der Lieferanten stattfinden kann, um zu verifizieren, ob die Risikoeinschätzung richtig war und ist. In der Praxis haben sich aus anderen Compliance-Anforderungen heraus zwei übliche Ansätze etabliert. Das sind zum einen Selbstauskünfte und zum anderen Vor-Ort-Überprüfungen bzw. Audits. Beide Ansätze unterscheiden sich hinsichtlich der Prüftiefe und damit auch im Bezug auf den jeweils zu erwartenden Aufwand, sodass zu empfehlen ist, hier einen risikobasierten Ansatz zu verfolgen, das heißt den Umfang und die Prüftiefe in Abhängigkeit vom identifizierten Risiko zu gestalten. Bezüglich Lieferanten mit niedrigem Risiko kann dann bspw. mit einem Selbstauskunftsprozess gearbeitet werden, während bei höherem Risiko eine Vor-Ort-Überprüfung zu empfehlen ist. Selbstverständlich ist auch eine Kombination der beiden Ansätze möglich. Das empfiehlt sich insbesondere dann, wenn ohnehin im Rahmen des Einkaufsprozesses Vor-Ort-Besuche anstehen, in die auch die Auseinandersetzung mit Risikothemen integriert werden kann.

Beschwerdeverfahren und Hinweisgeberschutz

Weiter sollten KMU's darüber nachdenken, ob sie eine Beschwerdestelle nach LkSG einrichten. Für die dem Gesetz verpflichteten Unternehmen gehört das zum künftigen Regelkatalog. Sie müssen ein Verfahren vorhalten, bei dem sowohl Mitarbeitern als auch den Vertragspartnern oder Mitarbeitern der Vertragspartner die Möglichkeit gegeben wird, unter dem Schutz der Vertraulichkeit ihrer Identität Hinweise auf die Verletzung menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Pflichten abzugeben. Mit dem Inkrafttreten des deutschen Hinweisgeberschutzgesetzes wird die Einrichtung einer internen Meldestelle für alle Unternehmen ab 50 Mitarbeitern

ohnehin zur gesetzlichen Pflicht. Es bietet sich daher an, zu prüfen, ob nicht auch eine Integration der Lieferkettenbezogenen Risiken in die ohnehin vorzuhaltende interne Meldestelle eine sehr effiziente Möglichkeit sein kann, ein Präventionsinstrument vorzuhalten, was das Risikomanagement abrundet, welches Vertragspartner zukünftig erwarten werden.

Eine Integration der umweltbezogenen und menschenrechtsbezogenen Themenfelder in eine interne Meldestelle ist ohne bedeutsamen Mehraufwand möglich. Zu beachten ist hier allerdings, dass die interne Meldestelle nach dem Hinweisgeberschutzgesetz lediglich verpflichtend den Beschäftigten gegenüber anzubieten ist, während das Beschwerdeverfahren nach LkSG veröffentlicht werden muss und somit für jedermann zugänglich sein muss. Bei einer effizienten Ausgestaltung des Verfahrens, bspw. durch Einsatz einer digitalen Meldeplattform, bedeutet dies aber nicht zwingend einen Nachteil. Auch bezüglich der internen Meldestelle nach Hinweisgeberschutzgesetz gibt es, unabhängig von der gesetzlichen Verpflichtung bei der Frage nach der Angemessenheit und Wirksamkeit von Compliance-Präventions-Maßnahmen, gute Argumente, die für eine öffentliche Bekanntmachung auch der internen Meldestelle sprechen. Im kommenden Jahr, ab dem 01.01.2024, erweitert sich der Anwendungsbereich des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes auf Unternehmen mit 1.000 Mitarbeitern, was bedeutet, dass ein Teil der KMU's, ohnehin künftig selbst in den direkten Anwendungsbereich des LkSG fallen wird. Ob der Anwendungsbereich künftig noch auf kleinere Unternehmen ausgedehnt wird, bleibt abzuwarten.

EU-Richtlinie zur Lieferkette

Deutschland hat sich mit seinem Lieferkettengesetz, das bereits im Juni 2021 verabschiedet wurde, sehr frühzeitig zur Sicherstellung der Einhaltung von menschenrechts- und umweltbezogener Standards entlang der Lieferkette bekannt. Die Europäische Kommission hat erst im Jahr 2022 einen Vorschlag für eine EU-Richtlinie zu den unternehmerischen Sorgfaltspflichten in der Lieferkette vorgestellt. Innerhalb der EU besteht Einigkeit, dass der Rechtsrahmen innerhalb der EU durch eine Richtlinienvorgabe harmonisiert werden soll, zum einen um einheitliche Standards zu erreichen und zum anderen auch um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Der derzeit in der Diskussion befindliche Entwurf sieht bspw. vor, dass bereits Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten und einem Nettoumsatz von mehr 150.000.000 Mio. Euro vom Anwendungsbereich erfasst sein sollen. Tritt die EU-Richtlinie in Kraft, wird es erforderlich sein, der in Deutschland bestehende Gesetz an die Anforderungen an die Richtlinie anzupassen, was dann im konkreten Fall auch eine Ausweitung des Anwendungsbereiches bedeuten könnte. Bei den Überlegungen, welcher Aufwand akzeptabel ist, um den künftigen Anforderungen von Vertragspartnern gerecht zu werden, sollten diese EU-Bestrebungen im Hinterkopf behalten werden. Denn möglicherweise verlagert sich nur der Zeitpunkt der Einführung des Lieferkettenrisikomanagement nach vorne.

Auch KMU's sollten sich daher rechtzeitig mit dem Thema Lieferkette auseinandersetzen und entscheiden, welche Schritte eingeleitet werden sollen. ■

Grenzüberschreitende Lieferketten und deren Risiken – ein Blick in andere Länder



Katja Neumüller
Rechtsanwältin,
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
[Gesamtbeitrag]

1. Haftung von Geschäftsführern nach dem LkSG und der Lieferkettenrichtlinie

Seit dem 1. Januar 2023 ist das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) in Kraft, mit dem Deutschland einen wichtigen und im internationalen Vergleich besonders ambitionierten Beitrag zum Menschenrechts- und Umweltschutz leistet. Das LkSG findet Anwendung auf sämtliche Unternehmen, ungeachtet der Rechtsform, soweit sie ihren Sitz oder auch nur eine Zweigniederlassung in Deutschland haben. Maßgeblich ist die Zahl der Arbeitnehmer, die das Unternehmen in der Regel beschäftigt. Der Schwellenwert hierfür liegt bei 3.000 Arbeitnehmern, ab 2024 sind Unternehmen ab 1.000 Arbeitnehmern umfasst. Bei einem Verstoß gegen die im LkSG genannten Sorgfaltspflichten können Unternehmen und in engen Fällen auch die Organe mit einem Bußgeld belastet werden. Eine zivilrechtliche Haftung ist bisher nicht geregelt und wird auch nach anderen in Deutschland geltenden Vorschriften eher abzulehnen sein.

Nun soll aber auf europäischer Ebene eine Lieferkettenrichtlinie erlassen werden, die neben der Festsetzung eines Bußgelds auch eine zivilrechtliche Haftung aufgreift, wonach Unternehmen bei einem Verstoß gegen Sorgfaltspflichten, der zu einem Schaden bei einer natürlichen oder juristischen Person führt, in Anspruch genommen werden können. Nach dem Entwurf der Lieferkettenrichtlinie soll der

Anwendungsbereich bereits Unternehmen mit 250 Arbeitnehmern und 40 Millionen Euro Jahresumsatz erfassen. Zwar ist noch nicht ganz klar, ob zivilrechtliche Ansprüche auch direkt gegen die Organe geltend gemacht werden können, da eine unmittelbare Haftung der Organe gegenüber Geschädigten bisher nicht im Entwurf der Lieferkettenrichtlinie vorgesehen ist; jedenfalls aufgrund eines möglichen Regressanspruchs des Unternehmens lässt sich eine zivilrechtliche Haftung der Organe mit Erlass der Lieferkettenrichtlinie nicht mehr ausschließen.

Was bedeutet dies für den Geschäftsführer einer GmbH? Um sich von einer Haftung aufgrund zivilrechtlicher Ansprüche durch Dritte wie beispielsweise Arbeitnehmer von Zulieferern frei machen zu können, sollten Geschäftsführer international agierender Unternehmen einmal „hinter die Kulissen“ schauen und die Regularien sowie Praktiken in den Ländern, in denen die Unternehmen tätig sind oder zu welchen sie Geschäftsbeziehungen aufgrund von Lieferketten halten, näher beleuchten und eine ggf. erforderliche Anpassung der Lieferbeziehungen prüfen. Wir haben einige für deutsche Unternehmen wichtige Länder im Asien-Pazifik-Raum aufgegriffen: China, Indonesien, Thailand und Vietnam. Die folgenden Ausführungen zeigen einen Ausschnitt über lokal geltende Vorschriften zum Menschenrechts- und Umweltschutz in den Ländern und inwieweit die Regularien tatsächlich eingehalten und durchgesetzt werden.



Dr. Madeleine Martinek
LL.M., LL.M oec. (Nanjing),
Rechtsanwältin,
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
[Beitrag China]

2. Volksrepublik China

Als zweitgrößte Volkswirtschaft der Welt ist China der wichtigste Handelspartner Deutschlands und der EU. Im Jahr 2022 hat China zwar als Zielort für deutsche Exporte an Bedeutung verloren, die Einfuhren aus China sind jedoch noch kräftiger gestiegen, was zeigt, dass China für Deutschland und die EU weiterhin ein unverzichtbarer Markt ist.

Die Verflechtungen mit dem chinesischen Markt sind oftmals hochkomplex und intransparent. So sehen sich deutsche Unternehmen dem Vorwurf ausgesetzt, sie beteiligten sich an den in der Region Xinjiang stattfindenden Menschenrechtsverletzungen, indem sie, so wird behauptet, die von Uiguren angeblich unter Bedingungen der Zwangsarbeit hergestellten Produkte bezögen und weiter vertrieben. Was aber können deutsche Unternehmen hier tun? Die chinesische Verfassung legt zwar fest, dass der Staat die legitimen Rechte und Interessen der ethnischen Minderheiten wie der Uiguren zu schützen hat. Die Verfassung genießt aber in China nicht denselben Stellenwert wie in unserem Rechtsstaat. China hat im August 2022 nun zwei Konventionen der internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gegen Zwangsarbeit ratifiziert; es bleibt abzuwarten, wie China weiter gegen Zwangsarbeit vorgeht. Lieferketten, die sich auf die Provinz Xinjiang erstrecken, sollten daher dennoch einer besonders sorgfältigen Risikobewertung unterzogen werden.

Das Verbot der Kinderarbeit ist unter anderem im Gesetz zum Schutz von Minderjährigen verankert. Obwohl es in der praktischen Umsetzung noch Schwachstellen gibt, ist in China die Zahl der gemeldeten Fälle von Kinderarbeit deutlich zurückgegangen. Dies liegt darin begründet, dass sich China vom arbeitsintensiven Niedriglohnland hin zu einem kompetitiven Wirtschaftsmotor entwickelt hat mit wachsender Mittelschicht und einem gewaltigen Absatzmarkt. Auch die in der Politik vorangetriebene Armutsbekämpfung ist ein sinnvoller Ansatz, der Kinderarbeit entgegenzuwirken.

Die Sicherheit am Arbeitsplatz ist in vielen Branchen in China seit langem ein Problem. Gerade in der Bauindustrie ereignen sich immer wieder Unfälle. Produktivität und Gewinn haben häufig Vorrang vor der Sicherheit der Arbeitnehmer. Das in China geltende Arbeitssicherheitsgesetz zielt darauf ab, die Arbeitssicherheit zu erhöhen

und Arbeitsunfälle zu verhindern. Die Aufsicht über die Arbeitssicherheit liegt beim Ministerium für Notfallmanagement des Staatsrats und bei den lokalen Regierungen. Häufig bleibt aber kaum Zeit, Inspektionen durchzuführen oder die Arbeitsunfälle aufzuklären.

Das rasante Wirtschaftswachstum Chinas verursachte eine Reihe von Umweltproblemen wie Smog und Luftverschmutzung, Wasserverunreinigungen und -mangel, Bodenverunreinigungen, Erosionen und Überschwemmungen. Diesem versucht China mit strengen Vorgaben durch das Umweltschutzgesetz entgegenzutreten. Der Adressatenkreis des Gesetzes ist sehr weit gefasst und verpflichtet die örtlichen Volksregierungen, Unternehmen, Institutionseinheiten, Betriebseinheiten sowie die chinesischen Bürger zum Umweltschutz. Umweltschutzabteilungen können bei Verstößen die Betriebseinstellung oder Schließung eines Unternehmens anordnen. Die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften findet auch Berücksichtigung in dem sog. Corporate Social Credit System, einem standardisierten Überwachungs- und Bewertungssystem, das Informationen über Unternehmen sammelt, bewertet und das betreffende Unternehmen je nach Datenlage sanktioniert oder belohnt. So können Verstöße gegen Umweltschutzvorschriften weitreichende Folgen für Unternehmen haben, wie z. B. verstärkte Betriebsprüfungen, Steuernachteile, Import- und Exportbeschränkungen oder Reisebeschränkungen für den gesetzlichen Vertreter.

Trotz der Vielzahl an bestehenden Gesetzen, die in den letzten Jahren zudem revidiert wurden und sich der im LkSG auferlegten Pflicht zur Einhaltung der Arbeitsstandards und des Umweltschutzes annähern, sind die Zustände bei chinesischen Zulieferern nicht immer transparent. Es ist daher ratsam, vor Ort eine Analyse insbesondere zur Einhaltung der geltenden Arbeitsschutz- und Umweltschutzpflichten vorzunehmen.



Philipp Kersting

Rechtsanwalt, Registered Foreign Advocate (Indonesien), Partner, Luther LLP in Kooperation mit Maqdir Ismail & Partners [Beitrag Indonesien]

3. Indonesien

Indonesien ist mit ca. 260 Millionen Einwohnern das viertgrößte Land der Welt und ein maßgeblicher Handelspartner Deutschlands und der EU. Dies gilt sowohl aufgrund seines Potenzials als Absatzmarkt, als auch wegen der verhältnismäßig geringen Lohnkosten als Produktionsstandort.

Während die Regelungsdichte im Bereich des Arbeits- und Arbeitnehmerschutzes recht hoch ist, besteht im Umweltschutz vergleichsweise noch Regelungsbedarf. Im Bereich des Umweltschutzes wurde bereits im Jahr 2009 ein Gesetz erlassen, welches den Grundsatz „Polluter Pays“ festlegt. Damit wird den Unternehmen zivil- und verwaltungsrechtlich die Verantwortung für ihre Emissionen auferlegt. Zur Implementierung des Umweltschutzes setzt Indonesien auf ein im Jahr 2021 neu eingeführtes „Risk Based Licensing“, wonach bei Erwerb der Betriebserlaubnis je nach Risikofaktor des Gewerbes die Einhaltung gewisser Standards nachzuweisen ist. In der Praxis erweist sich diese ins Vorfeld verlagerte Kontrolle jedoch als wenig effektiv, da die Erteilung der Genehmigung am Anfang eines Projekts steht und weit überwiegend auf der Basis von Projektplänen erfolgt. Auch Kontrollen vor Ort sind aufgrund der im Land noch immer stark verbreiteten Korruption nicht verlässlich.

In dem weiteren LkSG-relevanten Bereich des Schutzes von Menschen- und speziell Arbeitnehmerrechten ist die indonesische Rechtsordnung je nach Geschäftsbereich stark fragmentiert. Während die beiden Gesetze zum allgemeinen Arbeitsrecht und zum Schutz von Arbeitnehmern am Arbeitsplatz im Grundsatz für sämtliche Bereiche gelten, erlassen indonesische Fachministerien in großer Anzahl eigene Verordnungen in den ihnen unterliegenden Gewerben im Hinblick auf Arbeitnehmer. Dies gilt insbesondere in den Bereichen der Fischerei, Landwirtschaft, Öl- und Gasförderung sowie Bergbau. Auch hat sich Indonesien als Mitglied der ILO zur Einhaltung der internationalen Arbeits- und Sozialstandards verpflichtet und nimmt hierauf im Rahmen seiner Gesetzgebung Bezug. So haben indonesische Arbeitnehmer beispielsweise, abhängig von dem Geschäftsbereich und der Mitarbeiterzahl der Unternehmen, das Recht, sich zu organisieren. Praktisch erfolgt dies aber nur im Rahmen von betriebspezifischen Gewerkschaften. Auch wenn Arbeitnehmer damit im Grundsatz in Indonesien ein vergleichsweise hohes Schutzniveau genießen, erfolgt die Durchsetzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften nur in sehr geringem Umfang. Hier ist Korruption der größte nachteilige Faktor, wobei mangelnde Kenntnis und unzureichende Bildung der Arbeitnehmer über ihre Rechte ebenfalls eine wesentliche Rolle spielen.

Wie aufgezeigt fehlt es im Bereich des Umweltschutzes und des Arbeitnehmerschutzes in Indonesien im Grundsatz nicht an Regularien. Die wenig effektive Durchsetzung der Vorgaben führt aber zu einem unterschiedlichen Level der Einhaltung von Compliance-Vorgaben zwischen Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen und indonesischen Betrieben. Insbesondere im Bereich des sog. „Contract Manufacturing“ sollte daher auf die Einhaltung der Vorschriften geachtet und dies auch in angemessenen Abständen überprüft werden.





Fabian Lorenz

Rechtsanwalt, Partner,
Luther LLP in Kooperation mit
INC Corporate Services (Thailand) Co., Ltd.
[Beitrag Thailand]

4. Thailand

Thailand ist einer der wichtigsten Handelspartner Deutschlands in Südostasien. Das Exportvolumen nach Deutschland betrug im Jahr 2021 ca. 6,9 Milliarden Euro. Etwa 600 deutsche Unternehmen sind in Thailand tätig, hinzu kommt eine große Zahl von Zulieferern. Das Land verzeichnet einen auch durch die COVID-19-Pandemie kaum gebrochenen Zustrom deutscher Investitionen.

Thailand weist hinsichtlich der LkSG-Verpflichtungen eine hohe lokale Regelungsdichte auf. Im Hinblick auf die Menschenrechte hat Thailand von den durch das LkSG in Bezug genommenen Konventionen der ILO alle mit Ausnahme derjenigen, die sich auf die Koalitionsfreiheit beziehen, ratifiziert und legislativ umgesetzt. Aber auch zur Koalitionsfreiheit hat das Land einen nationalen Rechtsrahmen geschaffen, der den Anforderungen des LkSG im Wesentlichen genügt. Regulative Defizite bestehen allerdings noch hinsichtlich des Kündigungsschutzes im Zuge von Gewerkschaftsgründungen sowie der Organisationsfähigkeit von Migranten. Die umweltbezogenen Konventionen hat Thailand ebenfalls ratifiziert. Der gesetzliche Mindestlohn liegt provinzabhängig zwischen umgerechnet 8,70 und 9,60 Euro pro Arbeitstag.

Thailand verfügt über eine weitgehend funktionierende, demokratisch kontrollierte Exekutive, sodass Rechtsverletzungen vergleichsweise selten sind. Politische Unruhen gibt es derzeit nicht. Einige Sektoren fallen jedoch notorisch durch problematische Praktiken auf, Zulieferer aus diesen Bereichen sollten deshalb einer Risikoanalyse unterzogen werden. So ist es in verschiedenen Industriezweigen bisher nicht gelungen, den (gesetzwidrigen) Arbeitseinsatz

von Kindern völlig zu unterbinden. In der Fischerei-, der Textil- sowie der Lebensmittelbranche (insb. tropische und Meeresfrüchte) ist es zudem wiederholt zu Problemen mit Menschenhandel und Zwangsarbeit gekommen. Ähnliche Berichte gibt es aus dem Bausektor, der zusätzlich durch die strukturelle Benachteiligung staatenloser Personen auffällt. Weitere Risiken bestehen im produzierenden Gewerbe aufgrund des hohen Anteils minderqualifizierter Heimarbeiter, deren Arbeitsbedingungen staatlicher Kontrolle regelmäßig entzogen sind. Illegale Abholzung, Boden- und Wasserverschmutzung sowie exzessive industrielle Wassernutzung durch entsprechend prädestinierte Unternehmen können weitere Compliance-Risiken darstellen.

Schwere Verstöße sind lokal zwar nicht übermäßig weit verbreitet, gewisse Compliance-Risiken lassen sich aber nicht ausschließen. In einigen exportstarken Sektoren wie der Fischerei gibt es seit einigen Jahren aufgrund internationalen Drucks und eines Nationalen Aktionsplans erfolgreiche Initiativen zur Implementierung von Human-Rights Due-Diligence-Prozessen. Da Deutschland für Thailand der mit Abstand wichtigste europäische Handelspartner ist, dürfte das LkSG weitere wichtige Anreize für menschenrechtliche und ökologische Compliance geben. Es ist somit zu erwarten, dass deutsche Unternehmen in Thailand bei der Umsetzung des LkSG auf Kooperationsbereitschaft stoßen und lokale Zulieferer entsprechende Zertifizierungen langfristig als Wettbewerbsvorteil verstehen.

Für Auditierungen kann aufgrund der starken Präsenz deutscher Kanzleien und internationaler Zertifizierungsstellen auf bestehende Infrastruktur zurückgegriffen werden, was die Einhaltung der Sorgfaltspflichten erleichtert.



Johannes Klausch

LL.M. (LSE), Rechtsanwalt, Registered Foreign Lawyer (Vietnam & Singapore), Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Kooperation mit INC Legal Vietnam LLC [Beitrag Vietnam]

5. Vietnam

Vietnam hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten zu einem modernen, aufstrebenden Markt entwickelt. Mit einem Wirtschaftswachstum von nach offiziellen Angaben zuletzt 8,02 Prozent verfügt Vietnam über das schnellste Wachstum der Region. Dies geht damit einher, dass die junge und dynamische Bevölkerung von rund 99 Millionen Einwohnern eine rasant wachsende Mittelschicht aufweist. Es ist zudem erklärtes politisches Ziel, günstige Bedingungen für den Markteintritt ausländischer Investoren zu schaffen. Diese Umstände sind es, die Vietnam auch bei deutschen Investoren in den Fokus für weitere Standorte in Asien rücken. Es wird mit Spannung verfolgt, wie sich das LkSG auf Investitionen in Vietnam auswirkt und wie sich die Einhaltung der Pflichten bestmöglich umsetzen lassen.

Erfreulicherweise sind auch in Vietnam weite Bereiche des LkSG durch die vietnamesischen Gesetze abgedeckt. In arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht ist Anfang 2021 der reformierte Labour Code 2019 in Kraft getreten, welcher strikt auf den Schutz von Arbeitnehmern ausgerichtet ist. Ausdrücklich verboten sind die Diskriminierung am Arbeitsplatz, die Misshandlung von Arbeitnehmern, Zwangsarbeit und die illegale Beschäftigung von Minderjährigen. Arbeitgeber sind ferner verpflichtet, angemessene Löhne zu zahlen. Für den Fall, dass am Arbeitsplatz besondere Gefahren wie Lärm oder Hitze vorliegen, gilt es, erhöhte Sicherheitsanforderungen einzuhalten. Schließlich ist der Arbeitgeber auch zur Kontrolle der eigenen Geschäftsführung bei der Einhaltung der entsprechenden Schutzvorschriften verpflichtet. Die Einhaltung der Vorgaben wird dadurch umgesetzt, dass Arbeitgeber zum Erlass interner Arbeitsverordnungen verpflichtet sind, welche die zuvor genannten Themen abdecken. Es entspricht auch weitestgehend der Praxis, dass die Personalverantwortlichen, zumindest in den größeren

Unternehmen, die Einhaltung der Vorgaben streng verfolgen. Vor deren Erlass ist zudem die jeweilige interne Arbeitnehmervertretung, sofern vorhanden, zu konsultieren. In Vietnam besteht seit Inkrafttreten des Labour Code im Jahr 2021 die Freiheit der Arbeitnehmer, Vertretungen zu gründen.

Was die umweltschutzrechtlichen Aspekte angeht, nehmen auch solche in Vietnam eine zunehmend bedeutende Rolle ein. Art. 6 des vietnamesischen Umweltschutzgesetzes von 2020 listet eine ganze Reihe verbotener Handlungen in Bezug auf Umweltgefährdungen auf. So ist es etwa verboten, für Mensch und Tier gefährliche Stoffe und schädliche Viren zu verbreiten oder freizusetzen. Auch Produkte, die für Mensch und Natur schädlich sind, dürfen nicht hergestellt oder aber Rohstoffe, die bestimmte Grenzwerte an toxischen Stoffen überschreiten, nicht verwendet werden.

Die praktische Umsetzung stellt sich jedoch etwas anders dar. Im Grundsatz kann davon ausgegangen werden, dass je älter und traditioneller der Industriezweig ist, sich die Einhaltung der Pflichten in der Praxis umso schwieriger gestaltet. Zu nennen sind hier insbesondere die Textil-, Schuh- und Möbelindustrie. Aber auch innerhalb der Branchen gibt es teils immense Unterschiede zwischen den verschiedenen Stufen der Lieferkette. Je tiefer man diese hinuntersteigt, desto kleiner werden die Betriebe und größer die Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis. Eine der großen Herausforderungen in Vietnam wird es sein, die einzelnen Glieder der Lieferkette zu identifizieren und klar zu kommunizieren, dass es sich bei dem LkSG zwar um ein deutsches Gesetz handelt, dessen Regelungen und Vorgaben aber für eine fortlaufende erfolgreiche Geschäftsbeziehung auch in Vietnam umgesetzt und nicht lediglich auf dem Papier eingehalten werden müssen.

6. Empfehlung

Die Ausführungen zu den genannten Ländern zeigen beispielhaft, dass viele der Länder im Asien-Pazifik-Raum bereits seit vor Inkrafttreten des LkSG über (teilweise umfangreiche) Regularien zum Menschenrechts- und Umweltschutz verfügen. Begrüßenswert ist auch, dass die Länder nach und nach die verschiedenen Konventionen der ILO ratifizieren, sofern sie dies nicht bereits getan haben. Problematisch zeigt sich aber in vielen der Länder die Durchführung von Kontrollen und die Durchsetzung der Einhaltung der Standards, sei es aufgrund fehlender Kapazitäten und Zeit der behördlichen Stellen oder aufgrund einer noch immer stark verbreiteten Korruption. Sofern in der spezifischen Lieferkette abstrakte Risiken bestehen, sollten daher entsprechende Schritte, insbesondere mit Blick auf die Lieferkettenrichtlinie und eine zukünftig nicht auszuschließende (Regress-)Haftung von Geschäftsführern, in absehbarer Zeit eingeleitet werden. Deutschen Unternehmen ist zu empfehlen, frühzeitig mit den Lieferanten in Kontakt zu treten. Wichtig ist, dabei die unterschiedlichen kulturellen Besonderheiten der jeweiligen Länder im vielfältigen Asien-Pazifik-Raum in der Kommunikation zu berücksichtigen. So kann es etwa sinnvoll sein, den konfrontativen Weg zu meiden und stattdessen kooperativ zusammenzuarbeiten. Ziel sollte auch sein zu vermitteln, dass die praktische Umsetzung der LkSG-Pflichten den jeweiligen Wirtschaftsstandort attraktiver machen und sich die Bemühungen um Arbeits- und Umweltschutz so auszahlen werden. ■



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 01. 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 ersten 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) 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 (§ 102 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

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

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 Potentiale, 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 Judgment 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 Informations-, 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 Judgment 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 ordentlich 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. ■

Gescheiterte Umsetzung der europäischen Whistleblower-Richtlinie in das neue Hinweisgeberschutzgesetz – welche Handlungspflichten und Haftungsrisiken ergeben sich dennoch für Geschäftsführer und Organe?



Bettina Plaßmann-Robertz
Rechtsanwältin und Partnerin,
Fachanwältin für Versicherungsrecht,
Zertifizierter Risikomanager
Versicherungswirtschaft,
PRO LAW Rechtsanwälte mbB

Die europäische Whistleblower-Richtlinie (RL (EU) 2019/1937, im Folgenden WB-RL) ist am 16.09.2019 in Kraft getreten und musste von den EU-Mitgliedstaaten bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umgesetzt werden. U.a. Deutschland hat diese Frist zunächst verstreichen lassen. Ziel der EU-Richtlinie ist, die Meldebereitschaft von Hinweisgebern zu fördern, indem die EU-Mitgliedstaaten einheitlich entsprechende Hinweisgeber-Systeme implementieren und Hinweisgeber – ebenfalls einheitlich – unter besonderen Schutz stellen müssen, um so EU-weit die Stabilität der Märkte und einen rechtlich einheitlichen Handlungs- und Bewertungskodex zu gewährleisten. Insoweit enthält die WB-RL fünf verbindliche Vorgaben, welche in nationales Recht übernommen werden müssen: (i) die Pflicht zur Einrichtung und zum Betrieb interner Hinweisgeber-Systeme (Art. 8 WB-RL), (ii) die Pflicht zur Einrichtung und zum Betrieb externer Hinweisgeber-Systeme (Art. 11 WB-RL), (iii) das Recht zur Offenlegung von Meldungen unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 15 WB-RL), (iv) das Verbot von Repressalien gegen Hinweisgeber (Art. 19 WB-RL) und (v) die Beweislastumkehr zugunsten von Hinweisgebern (Art. 21 Abs. 5 WB-RL). Der sachliche Anwendungsbereich der WB-RL ist aufgrund der begrenzten unionsrechtlichen Gesetzgebungskompetenz allerdings auf bestimmte Meldegegenstände beschränkt. Erfasst wird im Wesentlichen die Meldung gegenüber externen und internen Meldestellen sowie die öffentliche Informationsweitergabe von Verstößen und rechtsmissbräuchlichem Verhalten in abschließend genannten Regulierungsbereichen wie öffentliches Auftragswesen, Produktsicherheit und -konformität, Verkehrssicherheit, Umwelt- und Verbraucherschutz (vgl. abschließende Aufzählung in Art. 2 Abs. 1 WB-RL).

Im Rahmen der Richtlinienumsetzung haben die Regierungsparteien indes in Anlehnung an eine gemeinsame Festlegung im Koalitionsvertrag bei dem von Ihnen entworfenen neuen Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auch weitere, außerhalb des Anwendungsbereiches der WB-RL liegende Rechtsbereiche entsprechend zu reglementieren, indem Hinweisgeber nicht nur bei einer Meldung eines Verstoßes gegen EU-Recht, sondern auch bei einer Meldung von „erheblichen Verstößen gegen Vorschriften oder sonstigem erheblichen Fehlverhalten, dessen Aufdeckung im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ unter Schutz gestellt haben.

Für juristische Personen des öffentlichen Sektors und privatwirtschaftliche Unternehmen mit 50 oder mehr Arbeitnehmern sowie Belegschaftsgrößen unabhängig für juristische Personen im Finanzwesen, im Gesundheitswesen und im Energiesektor bedeutete das HinSchG in seiner aktuellen Fassung, dass jedenfalls ab Mitte 2023 interne Hinweisgeber-Systeme implementiert oder bereits bestehende Systeme an den überschießenden Anwendungsbereich des neuen Gesetzes angepasst werden müssten sowie Hinweisgeber den hohen Schutz vor Repressalien wie einer Kündigung oder Versetzung zukünftig nicht nur bei der Meldung von Verstößen gegen EU-Recht, sondern auch bei der Meldung von Verstößen gegen nationales Recht genießen würden.

Am 10. Februar 2023 verweigerte allerdings der Bundesrat die Zustimmung zu dem neuen Hinweisgeberschutzgesetz, gerade wegen der darin normierten überschießenden Ausdehnung des Hinweis-

geberschutzes. Insbesondere die unionsgeführten Bundesländer monierten, dass die Vorgaben des Gesetzes vor allem kleinere und mittlere Unternehmen über Gebühr belasten. Zwischenzeitlich wächst indes der Druck der EU auf Deutschland, die WB-RL nun endlich in nationales Recht umzusetzen, die EU-Kommission hat die Bundesrepublik Deutschland nun – vorhersehbar – vor dem EuGH aufgrund der Verletzung von EU-Recht verklagt. Während sich nun voraussichtlich zunächst der Vermittlungsausschuss mit dem am 16.12.2022 vom Bundestag verabschiedeten neuen HinSchG befassen muss, bleibt die Rechtslage für Unternehmen und Whistleblower zunächst weiter unklar. Allerdings müssen sich die Unternehmensleiter aufgrund des erhöhten Drucks auf Deutschland und die Regierungsparteien zunehmend bereithalten, um – insbesondere bzgl. neuer Vorgaben für die Einrichtung entsprechender Meldestellen – schnell reagieren zu können.

Aufgrund der aktuell nach wie vor unklaren gesetzlichen Situation bleibt Geschäftsführern und Organen weiterhin nur die Möglichkeit, sich auf die sich aus den umsetzungspflichtigen Mindestvorgaben der Richtlinie ergebenden Handlungspflichten zu konzentrieren und die für sie daraus entstehenden Haftungsrisiken zu identifizieren und diesen entsprechend vorzubeugen.

Feststeht, dass ein wie auch immer endgültig ausgestaltetes deutsches Umsetzungsgesetz jedenfalls diejenigen natürlichen Personen schützen wird, die in einem – weit zu fassenden – Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese melden. Insoweit ist schon ausreichend, dass der Whistleblower hinreichend Grund zu der Annahme hatte, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprachen und in den Anwendungsbereich der WB-RL fallen. Fest steht daher auch, dass die dem Schutzbereich der WB-RL unterfallenden Unternehmen entsprechende interne Meldestellen

einrichten bzw. unterhalten müssen, die sich vor allem an Beschäftigte und dem Unternehmen überlassene Leiharbeitnehmer richten müssen. Die bisher verabschiedete Fassung des HinSchG erlaubt zudem, die Meldestellen auch gegenüber Lieferanten oder sonstigen Geschäftspartnern zu öffnen. Zwar geht damit ein Missbrauchspotential einher, jedoch dürfte dies weniger ins Gewicht fallen als drohende Reputationsverluste, die durch eine externe Meldung gegenüber Behörden entstünden. Daher sollten – Stand jetzt – Lieferanten und Geschäftspartner aktiv auf die Nutzung der internen Meldestellen hingewiesen werden.

Die von der WB-RL umfassten Meldegegenstände betreffen ausschließlich Verstöße gegen Unionsrecht in den Richtlinien-definierten Bereichen wie Finanzdienstleistungen, Geldwäschemassnahmen, Produktsicherheit/-konformität, sowie Lebensmittelsicherheit, Umwelt- und Tierschutz oder Verbraucher- und Datenschutz. § 2 des vorläufig „gekippten“ HinSchG geht darüber noch hinaus, indem neben Straftaten und bestimmten Ordnungswidrigkeiten zahlreiche weitere spezialgesetzliche Rechtsgebiete umfasst werden. Es bleibt abzuwarten, was von dieser umfassenden Aufzählung nach dem Durchlaufen des Vermittlungsausschusses noch verbleibt. Jedenfalls haben die unionsgeführten Bundesländer diese Erweiterung in § 2 HinSchG bisher kategorisch abgelehnt.

Für Unternehmensleiter gilt daher, die Änderungen im Vermittlungsausschuss oder in einem ggf. neu zu verabschiedenden nicht zustimmungspflichtigen Gesetz scharf zu beobachten, definieren diese schließlich den Rahmen der Verstöße, die ein Whistleblower zukünftig melden können muss.

Fest steht indes, unabhängig von etwaigen Änderungen durch den Vermittlungsausschuss oder ein neues, nicht zustimmungspflichtiges Gesetz, dass die der WB-RL unterfallenden Unternehmen das Herz-



stück der Richtlinie, die Pflicht zur flächendeckenden Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen (Art. 8 f.) und den Diskriminierungsschutz für Whistleblower (Art. 6, 19 und 21), berücksichtigen und in ihre Unternehmensstruktur integrieren müssen. Denn die Implementierung entsprechender Hinweis-Systeme, die transparente Erläuterung der firmeninternen Meldemöglichkeiten gegenüber Mitarbeitern (und etwaig auch gegenüber Lieferanten und Geschäftspartnern) wird von einer verpflichtend einzurichtenden nationalen Whistleblowing-Behörde überprüft werden können (Art. 11-13).

1. Interne Meldestelle

Für Unternehmen ist die Einrichtung einer internen Meldestelle daher von vorrangiger Bedeutung, womit auch ein Dritter betraut werden darf. Bisher sieht das HinSchG – im Gegensatz zur WB-RL – sog. „Konzernprivileg“ vor, wonach bei Konzerngesellschaften die interne Meldestelle beispielsweise auf die Konzernmutter bzw. ein konzernangehöriges Unternehmen ausgelagert und für alle Tochtergesellschaften gebündelt werden kann. Die Ausgestaltung der internen Meldestellen muss nach der WB-RL zwingend folgende Eigenschaften enthalten:

- (i) Die Vertraulichkeit der Identität des Whistleblowers und in der Meldung erwähnter Dritter muss gewahrt werden; unbefugte Mitarbeiter dürfen daher keinen Zugriff auf die Meldung haben (Art. 9 Abs. 2 lit. A, 16 WB-RL);
- (ii) Eingehende Meldungen müssen unter Wahrung des Vertraulichkeitsgebots dokumentiert werden und für zwei Jahre gesichert und anschließend sicher gelöscht werden; bei Sprachübermittlungen oder mündlichen Meldungen sind dauerhaft abrufbare Tonaufzeichnungen oder Gesprächsprotokolle zu erstellen (Art. 18 WB-RL);

- (iii) Der Eingang der Meldung ist innerhalb von sieben Tagen dem Whistleblower zu bestätigen (Art. 9 Abs. 1 lit. b) WB-RL);
- (iv) Dem Whistleblower ist eine unparteiische Person oder Abteilung als zuständige Stelle für Folgemaßnahmen zu benennen (Art. 9 Abs. 1 lit. c) WB-RL);
- (v) Der gemeldete Verstoß muss anhand der gemeldeten Informationen untersucht werden und später wirksame Folgemaßnahmen getroffen werden
- (vi) Spätestens nach drei Monaten ist der Whistleblower über die getroffenen oder geplanten Folgemaßnahmen zu informieren (Art. 9 Abs. 1 lit. f) WB-RL)
- (vii) Über die Nutzung interner Meldekanäle und das Verfahren für externe Meldungen muss klar und leicht zugänglich informiert werden (Art. 7 Abs. 3 und 9 Abs. 1 lit. g) WB-RL)

Das HinSchG sieht darüber hinaus in seiner bisherigen Fassung vor, dass während des Prozesses Kontakt mit dem Whistleblower gehalten werden muss, sofern dieser das wünscht. Während die WB-RL eine Wahlmöglichkeit für das Medium der Meldekanäle einräumt, schreibt das HinSchG bisher zwingend vor, dass Meldungen (fern-) mündlich oder in Textform und sogar persönliche Zusammenkünfte auf Wunsch des Whistleblowers ermöglicht werden müssen. Ob diese Regelung bleibt, ist abzuwarten.

Bei der Auswahl externer Dienstleister, wie etwa Ombudsmänner oder kommerzielle Anbieter von Hinweisgebersystemen ist daher auch innerhalb dieser unklaren Zwischenphase jedem Unternehmen zu raten, sorgfältig zu prüfen, dass die obenstehenden Voraussetzungen auf jeden Fall erfüllt sind. Zudem sind bereits jetzt – wenn noch kein Hinweissystem eingerichtet wurde – mindestens die Vo-



raussetzungen zu schaffen, eine interne Meldestelle zügig nach Verabschiedung des HinSchG in seiner dann endgültigen Fassung einrichten zu können, da sonst erhebliche Bußgelder erhoben werden können (derzeit sieht das HinSchG ein Bußgeld in Höhe von bis zu EUR 20.000 vor).

Das bisherige HinSchG sieht für Unternehmen mit 50 bis 249 Beschäftigten Erleichterungen dahingehend vor, dass sie mit gleichartigen Unternehmen eine gemeinsame Meldestelle einrichten und betreiben dürfen, wobei das einzelne Unternehmen dadurch nicht von der Pflicht zur Folgemaßnahmengreifung und zur Pflicht zur Rückmeldung befreit wird.

In § 18 des bisher noch ohne Zustimmung des Bundesrates gebliebenen HinSchG sind abschließend aufgelistete Folgemaßnahmen vorgesehen, wie die Möglichkeit interne Untersuchungen durchzuführen, an andere zuständige Stellen korrekt verweisen zu können oder das Verfahren zwecks weiterer Untersuchungen an die für interne Ermittlungen zuständige Organisationseinheit oder die zuständige staatliche Behörde abzugeben. Bisher ist auch ein Verstoß gegen die Vorgaben eines ordnungsgemäßen Betriebs der internen Meldestelle bußgeldbewehrt, das dürfte so bleiben und bedarf daher der besonderen Aufmerksamkeit des Unternehmensleiters oder seiner dafür vorgesehenen Abteilung. Zu berücksichtigen ist schließlich, dass im Fall der Einstellung des Verfahrens aus Mangel an Beweisen oder sonstigen Gründen eine rechtzeitige Rückmeldung an den Whistleblower erfolgen muss, auch dies ist in der internen Firmenorganisation zu implementieren.

Offen ist derzeit noch, ob sich die im HinSchG festgeschriebene Möglichkeit für anonyme Meldungen im Vermittlungsausschuss halten wird, diese war neben dem überschießenden Anwendungsbereich des Gesetzes der Hauptkritikpunkt im Bundesrat.

Im operativen Betrieb führt der weitreichende Diskriminierungsschutz zu erheblichen Einschränkungen, die jedem Geschäftsführer vor Ergreifung von Maßnahmen gegen den Whistleblower bewusst sein müssen.

Der Whistleblower darf für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Informationen, die später gemeldet oder offengelegt wurden, nicht rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern die Beschaffung bzw. der Zugriff nicht als solcher eine Straftat darstellt. Die Meldung stellt auch keine Verletzung der Offenlegungsbeschränkungen dar, sofern ein hinreichender Grund zur Annahme bestand, dass die Weitergabe der Informationen erforderlich zur Aufdeckung eines Verstoßes war. Dies ist gerade bei Lieferanten und sonstigen Geschäftspartnern auch im Hinblick auf üblicherweise bestehende Vertraulichkeitsvereinbarungen oder Non-Disclosure Agreements zu berücksichtigen. Schon deshalb empfiehlt es sich, Lieferanten oder sonstige Geschäftspartner zur Nutzung der internen Meldestelle anzuregen, da so im Vergleich zu der bei Nutzung externer Meldestellen einhergehenden Offenlegung von Betriebsgeheimnissen leichter „Damage-Control“ betrieben werden kann.

Ausdrücklich verboten sind (und werden bleiben) gegen den Whistleblower gerichtete (auch versuchte) Repressalien und deren Androhung. Dieser Schutz wird durch eine in praxi bedeutsame Beweislastumkehrregelung unterstützt, wonach vermutet wird, dass eine Benachteiligung des Whistleblowers im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit auch eine Repressalie ist.

Unternehmensleiter sollten daher in Zukunft besonders behutsam mit Abmahnungen oder Kündigungen gegenüber Whistleblowern umgehen, da ihr Unternehmen in einem Gerichtsverfahren beweispflichtig wäre, sprich aktiv nachweisen müsste, dass die Kündigung/Abmahnung in keinem Zusammenhang mit dem Whistleblowing

steht oder aber dass eine Straftat des Whistleblowers vorliegt oder die Weitergabe der Informationen nicht erforderlich war, was in der Praxis in aller Regel kaum gelingen dürfte. Arbeitgeber können sich dadurch absichern, dass die in der internen Meldestelle eingegangenen – geschwärzten – Meldungen lückenlos dokumentiert sind und der Personalabteilung zur Verfügung gestellt werden, damit diese die fehlende Kausalität zwischen dem Whistleblowing und einer zeitlich nachfolgenden arbeitsdisziplinarischen Maßnahme nachweisen kann.

Haftungsrisiken

Abgesehen von Reputationsrisiken und wirtschaftlichen Risiken durch zu späte Aufklärung und Schadensminderung/-prävention infolge von Offenlegungen bei externen Meldestellen, gehen mit dem aktuellen HinSchG auch erhebliche Haftungsrisiken für Geschäftsführer und Vorstände einher, die auch bei einer etwaigen inhaltlichen Abschwächung der gesetzlichen Inhalte jedenfalls dem Grunde nach bleiben werden.

Die Bußgelder können für die Nichteinrichtung interner Meldestellen bis zu EUR 20.000 und für Repressalien gegen Whistleblower bei Unternehmen als Verbandsgeldbuße sogar bis zu EUR 1 Mio, ggf. zzgl. einer Gewinnabschöpfung betragen, § 40 HinSchG.

Ein Unternehmen macht sich zudem gemäß § 37 HinSchG schadensersatzpflichtig, wenn gegen das Verbot von Repressalien verstoßen wird. Demgegenüber macht sich gemäß § 38 HinSchG ein Whistleblower nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen schadensersatzpflichtig, was die Durchsetzung von Regressansprüchen bei Falschmeldungen erheblich erschwert.

Für Unternehmensleiter bedeutet dies im Rahmen der Organhaftung gemäß §§ 43 GmbHG, 93 AktG, dass solche Haftungsrisiken partout vermieden werden müssen, insbesondere da die sog. Legalitätspflicht einen Kern der Sorgfaltspflichten eines Unternehmensleiters darstellt. Indem insbesondere das Verbot von Repressalien durch die Beweislastumkehr schnell kaum zu widerlegende Verstöße begründet, steigt auch angesichts der Schadensersatzpflicht des Unternehmens schnell die Gefahr einer persönlichen Haftung des Geschäftsführers oder Vorstands.

I. Fazit

Ungeachtet dessen, ob das HinSchG letztlich mit seinem bisher erweiterten Anwendungsbereich und einer anonymen Meldemöglichkeit in Kraft treten wird oder nicht, ein akuter Handlungsbedarf besteht für Unternehmensleiter bereits jetzt, sich zeitnah mit der Implementierung einer internen Meldestelle und den entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen (Personalabteilung) zu befassen, um spätere Schadensersatzforderungen zu vermeiden.

Für kleinere und mittelgroße Unternehmen dürfte sich die Beauftragung kommerzieller Anbieter von Hinweisgebersystemen empfehlen, insbesondere um etwaige Bußgelder auf diese abwälzen zu können und die Kosten niedrig zu halten. Dabei darf indes nicht vergessen werden, dass die aus dem Verbot von Repressalien entstehenden haftungsrechtlichen Risiken auch bei Beauftragung externer Dienstleister beim Unternehmen verbleiben und sogar zur persönlichen Haftung der Unternehmensleiter führen können, so dass neben der Einholung rechtlichen Rats eine entsprechende versicherungsvertragliche Risikodeckung sichergestellt sein sollte. ■

Haftungsreduzierung für Geschäftsführer bei Zustimmungen (ausdrücklich oder stillschweigend) der Gesellschafter



Lothar Köhl
Rechtsanwalt, Partner,
Hoffmann Liebs

Einleitung

Der Geschäftsführer einer GmbH ist der Repräsentant der Gesellschaft. Als Repräsentant vertritt er die GmbH nach innen und außen und ist allzuständig. Dieser Grundsatz der Allzuständigkeit birgt Risiken. Bei Pflichtverletzungen des Geschäftsführers, die zu Schäden bei der GmbH führen, droht die Haftung durch die eigene Gesellschaft, bei der der Geschäftsführer angestellt ist. § 43 Abs. 2 GmbHG besagt hierzu, dass Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden haften. In § 43 Abs. 1 GmbHG ist der Maßstab für die Haftung festgelegt. Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Das ausufernde Thema der Geschäftsführerhaftung hat in den letzten Jahrzehnten unter dem Stichwort Managerhaftung weiterhin massiv an Bedeutung gewonnen. Es ist nicht empfehlenswert, sich in diesem Zusammenhang nur auf eine D&O-Versicherung zu verlassen. Diese Versicherungen greifen erst, wenn es überhaupt zu einem Schaden gekommen ist. Idealerweise sollte der Geschäftsführer von vornherein die erforderliche Sorgfalt anwenden, um Haftungsszenarien zu vermeiden.

Zustimmung/Einverständnis der Gesellschafter

Für den Geschäftsführer sind immer dann Haftungsreduzierungen denkbar, wenn die GmbH durch ihre Gesellschafter mit dem Vorgehen des Geschäftsführers einverstanden ist. Die Gesellschafter sind Inhaber der GmbH. Sofern dem Geschäftsführer das Einverständnis

der Gesellschafter für die Vornahme bestimmter Geschäfte erteilt wurde, entfällt grundsätzlich das Schutzbedürfnis der Gesellschaft, durch die geschäftliche Maßnahme entstandene Schäden erstattet zu bekommen.

Zustimmungsvorbehalt

In der Regel hat die Gesellschaft einen Katalog von sog. zustimmungspflichtigen Geschäften aufgestellt, bei denen der Geschäftsführer erst dann die Maßnahme im Außenverhältnis umsetzen darf, wenn die Gesellschafter der Maßnahme im Vorfeld zugestimmt haben. Derartige Kataloge finden sich in der Regel im Gesellschaftsvertrag, im Anstellungsvertrag, in einer Geschäftsordnung oder sonstigen Gesellschafterbeschlüssen. Sofern der Geschäftsführer die Gesellschaft ausreichend informiert und die Zustimmung für die Maßnahme eingeholt hat, wird dem Geschäftsführer später kein Vorwurf gemacht werden können, sofern doch ein Schaden eintritt. Ein sehr detaillierter Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften engt zwar das eigene Ermessen des Geschäftsführers in operativen Vorgängen ein, schafft aber auf der anderen Seite Rechtssicherheit, da grundsätzlich keine Haftung in Betracht kommt, wenn die Gesellschafter der konkreten – letztlich schädigenden – Geschäftshandlung des Geschäftsführers zugestimmt haben.



Weisung

Ähnlich verhält es sich bei einer ausdrücklichen Weisung der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer. Auch außerhalb des Katalogs der zustimmungspflichtigen Geschäfte können Gesellschafter den Geschäftsführer grundsätzlich anweisen, bestimmte Maßnahmen vorzunehmen oder zu unterlassen. Eine Weisung ist auch ein Einverständnis. Es ist konsequent, dass die Gesellschaft, die durch ihre Gesellschafter dem Geschäftsführer eine konkrete Weisung erteilt hat, diesen nun nicht anschließend haftbar machen kann, wenn der Geschäftsführer die angewiesene Maßnahme ausführt und diese sich als finanziell schadensträchtig erweist. Dies gilt zumindest dann, wenn die Weisung rechtmäßig war, was selbst bei finanziell kritischen Weisungen grundsätzlich der Fall ist. Nur wenn die Weisung gegen Rechtsvorschriften (z. B. Stammkapitalerhaltungsvorschriften, Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, Zahlung von Steuerschulden) verstoßen sollte oder konkret existenzbedrohend für die GmbH ist, ist die Weisung rechtswidrig und dürfte vom Geschäftsführer nicht ausgeführt werden. In der Praxis wird die rechtswidrige Weisung jedoch die Ausnahme sein. Problematisch in diesem Zusammenhang ist, dass der Geschäftsführer grundsätzlich selbst erkennen und einschätzen muss, ob die Weisung rechtmäßig ist oder nicht. Dies wird in der Praxis häufig nur durch eigene Berater gelingen. Aber ansonsten wirken rechtmäßige Weisungen haftungsausschließend.

Weisungen können vom Geschäftsführer auch eigenständig bei riskanten Geschäften eingeholt werden. Sofern der Geschäftsführer der Meinung ist, dass ein haftungsträchtiges Geschäft vorliegt oder die Gesellschafter die Umsetzung bestimmter Maßnahmen wünschen, kann es durchaus sinnvoll sein, wenn der Geschäftsführer für die Ausführung und Umsetzung des Geschäftes eine konkrete Weisung der Gesellschafter erbittet. Der Geschäftsführer sollte zu Beweis-

zwecken darauf achten, dass Weisungen schriftlich erteilt werden. Selbstverständlich sollte aber auch sein, dass ein Geschäftsführer nicht bei jeder Maßnahme – sofern nicht ein Zustimmungsvorbehalt vorliegt – eine „Weisung der Gesellschafter“ einholt. Es könnte sein, dass die Gesellschafter den Geschäftsführer irgendwann auffordern, mutiger und selbstständiger zu agieren, ohne sich stets durch Weisungen abzusichern.

Konkludentes/Stillschweigendes Einverständnis

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem aktuellen Urteil (Urt. v. 08.02.2022 – II ZR 118/21) entschieden, dass es sogar möglich ist, dass die Gesellschafter zu einer Maßnahme der Geschäftsführung auch stillschweigend ihr Einverständnis erteilen können. Dies gilt auch in den Fällen, in denen eigentlich eine ausdrückliche Zustimmung erforderlich gewesen wäre. Das stillschweigende Einverständnis wirkt in diesem Fall wie ein konkludenter Gesellschafterbeschluss. Diese Entscheidung des BGH ist erfreulich und für die praktische Arbeit eines Geschäftsführers positiv. Der BGH hält dem Geschäftsführer zugute, dass auch eine formlose Billigung einer Maßnahme der Geschäftsführung durch sämtliche Geschäftsführer ausreicht und eine Haftung des Geschäftsführers entfallen lässt. Zumindest kann ein Haftungsausschluss immer dann gegeben sein, wenn der Geschäftsführer unter Berücksichtigung des Sach- und Kenntnisstandes der Gesellschafter berechtigterweise davon ausgehen durfte, mit dessen Zustimmung zu handeln. Es muss in diesem Zusammenhang beachtet werden, dass die Kenntnis aller Gesellschafter von der Handlung grundsätzlich nicht ausreicht. Die bloße Kenntnis ist daher noch nicht das stillschweigende Einverständnis. Es müssen darüber hinaus weitere Umstände des Einzelfalles vorliegen, aus denen der Geschäftsführer auf ein Einverständnis schließen kann.

Sofern er von einem solchen Einverständnis ausgehen durfte, kann er auch ein solches Einverständnis unterstellen. Diese „weiteren Umstände“ können z. B. dann anzunehmen sein, wenn ein Fremdgeschäftsführer in enger Kommunikation und im ständigen Austausch mit dem Gesellschafter steht oder sonst ein enges Vertrauensverhältnis besteht. Sofern es sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer handelt, könnten die weiteren Umstände deshalb bejaht werden, weil der Gesellschafter-Geschäftsführer im ständigen Austausch mit den anderen Gesellschaftern steht. Nachteilhaft in diesem Zusammenhang bleibt allerdings, dass der Geschäftsführer die Umstände, die zu seiner Haftungsbefreiung führen sollen, bei einer Inanspruchnahme durch die GmbH nachweisen muss.

Zusammenfassung

Ein Geschäftsführer sollte genau prüfen und darauf achten, dass er stets die ausdrückliche (schriftliche) Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholt, wenn die geplanten Geschäfte einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen. Auch sonstige Weisungen seitens der Gesellschaft oder Weisungen, die der Geschäftsführer für die Vornahme bestimmter Maßnahmen „einholt“, können für ihn haftungsbefreiend wirken. Selbst für den Fall, dass kein ausdrückliches Einverständnis bzw. eine Zustimmung vorliegt, kann ein Geschäftsführer in bestimmten Konstellationen eine konkludente oder stillschweigende Einwilligung der Gesellschafter unterstellen, die bei schädigenden Handlungen haftungsbefreiend wirkt. Es ist jedoch zu beachten, dass der Geschäftsführer für das Vorliegen dieser besonderen Voraussetzungen die Beweislast trägt. Sicherer bleibt daher die ausdrückliche (schriftliche) Zustimmung oder Weisung. ■

