

Haftung

BGH zur Haftung des Geschäftsführers

von RA / StB Julian Ott, Berlin*

Der 2. Zivilsenat des BGH schärft in einer aktuellen Entscheidung die Konturen der zivilrechtlichen Haftung des Geschäftsführers bei Nichtabführung von Beiträgen an Sozialversicherungsträger in Insolvenzfällen (BGH 18.04.05, II ZR 61/03, Abruf-Nr. 051594). Das Urteil befasst sich mit der Darlegungslast zur Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens sowie mit der Kausalität für den Schaden bei rechtmäßigem Alternativverhalten.



www.iww.de

Abruf-Nr. 051594

1. Sachverhalt

Der Beklagte wurde als Geschäftsführer einer insolventen GmbH von einer Innungskrankenkasse auf Schadenersatz für nicht abgeföhrte Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung in Anspruch genommen. Gegen ihn war in einem anderen Verfahren ein bestandskräftiger Strafbefehl wegen Insolvenzverschleppung ergangen. Im Zivilverfahren berief sich der Geschäftsführer darauf, ihm sei die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung zu drei Fälligkeitszeitpunkten unmöglich gewesen. Die GmbH habe noch nicht einmal die Löhne der Arbeitnehmer auszahlen können. Er berief sich außerdem darauf, dass der Insolvenzverwalter eine etwa geleistete Zahlung ohnehin hätte anfechten können.

2. Entscheidungsgründe

Der BGH begründet die Aufhebung des Urteils damit, dass der Geschäftsführer nicht haftet, soweit ihm die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung zum Fälligkeitszeitpunkt mangels verfügbarer Mittel nicht möglich war. Darlegungs- und Beweispflicht liege bei der Krankenkasse als Anspruchstellerin. Hierzu wurde folgender Leitsatz aufgestellt:

**Keine Haftung bei
Unmöglichkeit der
Beitragszahlung**

Leitsatz 1

Für die Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens ist im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB der Anspruchsteller darlegungs- und beweispflichtig. An die Erfüllung der grundsätzlich bestehenden sekundären Darlegungslast des Geschäftsführers einer GmbH dürfen keine diese Verteilung der Vortragsslast umkehrenden Anforderungen gestellt werden. Eine besondere Dokumentationspflicht zur Abwehr einer möglichen Haftung nach diesen Vorschriften besteht nicht. Auch die Verletzung der Insolvenzantragspflicht erhöht die sekundäre Darlegungslast des Geschäftsführers nicht.

Darlegungslast

Zur Erfüllung der Darlegungslast wurde der „ins Blaue hinein“ formulierte Vortrag der Krankenkasse, die Insolvenzschuldnerin sei zahlungsfähig gewesen und habe an andere Gläubiger Zahlungen erbracht, als nicht ausreichend erachtet. Demgegenüber hatte der sekundär darlegungsbelastete Geschäftsführer vorgetragen, dass die Insolvenzschuldnerin

* Der Autor ist als Geschäftsführer der Klier & Ott GmbH Steuerberatungsgesellschaft Rechtsanwaltsgesellschaft in Berlin tätig

über keine Mittel mehr verfügte, den Kreditrahmen bei der Hausbank überzogen hatte, von der Alleingesellschafterin auf Grund einer eigenen finanzieller Schieflage nicht nur keine Geldmittel erhalten konnte, sondern sogar einem Rückzahlungsverlangen von Darlehen ausgesetzt war und nicht einmal im Stande war, auch nur einen Teil der Arbeitslöhne auszu-zahlen. Im Interesse eines fairen Verfahrens erfolgte eine Aufhebung mit Zurückverweisung an die Vorinstanz, um der Krankenkasse die Möglichkeit zu geben, ihrer Darlegungslast genüge zu tun.

Für das weitere Verfahren nimmt der BGH dann zum Einwand der Krankenkasse, eine theoretische Zahlung hätte durch den Insolvenzverwalter angefochten werden können, Stellung:

Leitsatz 2

Hätte der Insolvenzverwalter die Zahlungen der Sozialkasse nach der InsO anfechten können, entfällt mangels Kausalität der Schaden. § 266a StGB begründet in der Insolvensituation keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse. Der Geschäftsführer, der in dieser Lage die Arbeitnehmeranteile noch abführt, statt das Gebot der Massesicherung (§ 64 Abs. 2 GmbHG) zu beachten, handelt nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns i.S. des § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG.

Kausalität

3. Praxishinweis

3.1 Darlegungslast

Ist die Zahlung der Beiträge dem Geschäftsführer faktisch oder rechtlich unmöglich, so ist der objektive Tatbestand des § 266a StGB nicht erfüllt, weil das Unterlassen einer unmöglichen Handlung nicht strafbar ist. Es fehlt dann an der Verwirklichung des Tatbestandes des Schutzgesetzes i.S. des § 823 Abs. 2 BGB. Ein Schadenersatzanspruch entfällt. Der Frage der tatsächlichen Umstände, die auf die Unmöglichkeit des Abführrens der Beiträge an die Kasse schließen lassen, kommt daher erhebliche Bedeutung zu.

Unmögliche Handlung: Unterlassen nicht strafbar

Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zur Unmöglichkeit ist für die Krankenkasse insoweit misslich, als ihre Erkenntnismöglichkeiten über die Liquidität des später insolventen Unternehmens stets geringer sind als die des beklagten Geschäftsführers des Unternehmens. Diesem Umstand trägt die in der Rechtsprechung anerkannte sekundäre Darlegungslast des Geschäftsführers Rechnung, die auch in dieser Entscheidung des BGH aufgegriffen wird. Wenn es also der Krankenkasse gelingt, Anhaltspunkte dafür vorzutragen, dass überhaupt noch liquide Mittel bei der späteren Insolvenzschuldnerin vorhanden waren, steigen auch die Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast des Geschäftsführers.

Anforderungen an den Vortrag der Prozessparteien

Solche Anhaltspunkte können sich in Fällen, in denen das Insolvenzverfahren eröffnet und nicht mangels Masse abgewiesen wurde, daraus ergeben, dass wenigstens die für die Durchführung des Insolvenzverfahrens erforderlichen Kosten (Gerichtskosten, Insolvenzverwaltervergütung, Auslagen) in der Insolvenzmasse vorhanden waren. Nach Fälligkeit der aus-

Informationsquellen für die Krankenkasse

gebliebenen Beiträge kann die Krankenkasse bei der Bundesagentur für Arbeit durch die Abrechnung des Insolvenzgeldes in Erfahrung bringen, ob weitere (Teil-)Lohnzahlungen erfolgt sind. Außerdem ist die klagende Krankenkasse zur Substantiierung ihres Vortrags gehalten, als Gläubigerin bzw. Geschädigte Akteneinsicht in die Akten des Insolvenzgerichts und die Ermittlungsakte der StA (§ 266a StGB) zu nehmen: Aus dem Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters können sich Hinweise auf Zahlungen an Dritte ergeben, mit welchen der sonst nur „ins Blaue hinein“ mögliche, sehr allgemeine Vortrag konkret unterlegt werden kann.

Nicht die Tatsache, dass sich der Geschäftsführer im Streitfall der Insolvenzverschleppung schuldig gemacht hat, sondern allein die Substantiierung des Vortrags durch die Kasse führt zu einer Erhöhung der Darlegungslast des Geschäftsführers. Auch bei einer Erhöhung der sekundären Darlegungslast trägt aber letztlich die Krankenkasse das Risiko, wenn sich im Zivilprozess nicht sicher feststellen lässt, ob dem Geschäftsführer die Zahlung der Beiträge noch möglich war.

Non liquet

3.2 Einwand der Anfechtbarkeit

Die Ausführungen im Urteil zum Einwand der Anfechtbarkeit erfolgten für den Fall, dass das vorinstanzliche Gericht zu dem Ergebnis gelangt, an einem oder mehreren der drei Fälligkeitszeitpunkte sei es dem Geschäftsführer nicht unmöglich gewesen, die Arbeitnehmeranteile abzuführen. Der Einwand des Geschäftsführers wird dann erheblich. Er stützt sich auf die Rechtsfigur des rechtmäßigen Alternativverhaltens.

Hätte sich der Geschäftsführer rechtmäßig alternativ verhalten und zum Fälligkeitszeitpunkt an die Krankenkasse als Einzugsstelle gezahlt, so wären die Beiträge zwar bei der Kasse eingegangen, sie wären dort aber nicht dauerhaft verblieben, weil der Insolvenzverwalter ggü. der Krankenkasse die Insolvenzanfechtung ausgesprochen hätte. Die Krankenkasse wäre verpflichtet gewesen (§§ 129 ff, 143 InsO), die Beiträge zurückzuzahlen. Der Schaden wäre im Sinne einer „Reserveursache“ auch dann eingetreten, wenn sich der Geschäftsführer rechtmäßig alternativ verhalten und gezahlt hätte. Dann aber wäre das Unterlassen der Abführung der Beiträge nicht kausal für den eingetretenen Schaden. Die Kausalität als Tatbestandsmerkmal des Schadenersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 266a StGB wäre zu verneinen. Ein Anspruch bestünde nicht.

**Rechtmäßiges
Alternativverhalten**

Laut BGH greift dieser Einwand, wenn er hinreichend substantiiert ist und schlüssig vorgetragen wird. Ausdrücklich wird der Überlegung eine Absage erteilt, auf Grund einer Privilegierung der Beitragsforderungen ggü. den Forderungen anderer Gläubiger, die aus der gesetzgeberischen Wertung des § 266a StGB folge, sei der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens dem Geschäftsführer verwehrt. Wird dem Einwand der Anfechtbarkeit durch die Krankenkasse entgegengetreten, so ist im Rechtsstreit um den Schadenersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB inzident die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit eines theoretischen Vorgangs, nämlich der Zahlung der Beiträge zum Fälligkeitszeitpunkt, zu klären.

**Keine
Privilegierung der
Beitragsforderung**

Der Inzidentstreit über die Anfechtbarkeit dreht sich meist um die §§ 129, 130 InsO. Neben der objektiven Gläubigerbenachteiligung nach § 129 InsO ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens **allgemeine Anfechtungsvoraussetzung**. Diese Voraussetzung spielt in den originären Anfechtungsprozessen keine Rolle, weil es ohne Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Bestellung eines Insolvenzverwalters nie zu solchen Prozessen kommt. Bei der Inzidentprüfung kann diese Voraussetzung aber problematisch werden: Der Geschäftsführer weiß zum Zeitpunkt seiner Entscheidung, ob letzte Mittel für Beitragszahlungen zur Vermeidung der Strafbarkeit (§ 266a StGB) verwendet werden sollen, nicht, ob später ein Insolvenzverfahren eröffnet oder der Insolvenzantrag abgelehnt wird. Kommt es später zur Ablehnung mangels Masse, ist ihm der Einwand der theoretischen Anfechtung ggü. der Kasse abgeschnitten, weil die Voraussetzung für die Anfechtbarkeit (Eröffnung Insolvenzverfahren) nicht gegeben ist.

Insolvenz- anfechtung inzident

Diese Wertung erscheint auch sachgerecht, weil der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens aus der Sphäre des Beklagten kommt und ihm daher die volle Darlegung der Anfechtbarkeit zuzumuten ist. Außerdem spricht im Falle der Abweisung mangels Masse viel dafür, dass ein Schadenersatzanspruch bereits an der Unmöglichkeit der Zahlung zum Fälligkeitszeitpunkt scheitern könnte. Wurde ein Insolvenzverfahren eröffnet, liegt der Schwerpunkt der Auseinandersetzung meist bei den Regeln des § 130 InsO.

Bei Abweisung mangels Masse

Nach den zusätzlichen **besonderen Anfechtungsvoraussetzungen** des § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO wäre die Zahlung der Beiträge anfechtbar, wenn

- die Zahlung in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde,
- die GmbH zur Zeit der Zahlung bereits zahlungsunfähig (§ 17 Abs. 2 InsO) war und
- die Krankenkasse die Zahlungsunfähigkeit kannte (positive Kenntnis).

Besondere Anfechtungs- voraussetzungen

Auf letztere Kenntnis wird sich der Inzidentstreit wie auch regelmäßig die originären Anfechtungsprozesse konzentrieren.

Kenntnis der Krankenkasse i.S. des § 130 InsO kann sich aus der Androhung eines Insolvenzantrags durch die Krankenkasse zur Beschleunigung von Beitragszahlungen ergeben. Indizien für die Kenntnis können auch fruchtlose Vollstreckungsversuche der Krankenkasse – etwa eine vergebliche Kontenpfändung – sein. Klar kann sich die Kenntnis auch aus einer der Krankenkasse zugegangenen Mitteilung des Geschäftsführers nach § 266a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 StGB ergeben. Eine solche „Selbstanzeige“ ist dem Geschäftsführer wegen ihrer strafmildernden Berücksichtigung auch dann zu empfehlen, wenn letztlich nicht mehr gezahlt werden kann.

Kenntnis von der Zahlungsunfähig- keit

Der besondere Anfechtungsgrund nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO liegt nur vor, wenn die Zahlung an die Krankenkasse zeitlich nach dem Eröffnungsantrag liegt und die Krankenkasse die Zahlungsunfähigkeit oder den Insolvenzantrag kannte. Hierzu wird meist nur ein einzelner Fälligkeitszeitpunkt für die Beitragsabführung betroffen sein: derjenige, der auf

einen von der Krankenkasse gestellten Gläubigerantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens folgt und noch vor der gerichtlichen Anordnung des vorläufigen Insolvenzverfahrens liegt. Die Anordnung wird meist mit einer Verfügungsbeschränkung des Insolvenzgerichts gegen den Geschäftsführer verbunden. Die Verfügungsbeschränkung führt zum Eintritt der rechtlichen Unmöglichkeit der Zahlung der Beiträge durch den Geschäftsführer. Ab der Zustellung der Verfügungsbeschränkung scheidet § 266a StGB demnach schon auf Grund Unmöglichkeit der Handlung aus.

3.3 Pflichtenkollision

Für den GmbH-Geschäftsführer besteht im Moment der Insolvenzreife der Gesellschaft eine Pflichtenkollision:

- Entweder setzt er die letzten trotz Zahlungsunfähigkeit i.S. des § 17 Abs. 2 InsO noch vorhandenen liquiden Mittel zur Erfüllung der strafbewehrten Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen ein oder
- er kommt seiner zivilrechtlichen Verpflichtung aus § 64 Abs. 2 GmbHG nach, im Vorgriff auf das Insolvenzverfahren die verteilungsfähige Insolvenzmasse zu erhalten. § 64 Abs. 2 GmbHG begründet einen Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer auf Erstattung der nach Insolvenzreife geleisteten Zahlungen.

**Kollision von
§ 266a StGB und
§ 64 Abs. 2 GmbHG**

Soweit es zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt, wird der Insolvenzverwalter den Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer geltend machen und gerichtlich durchsetzen. Der Geschäftsführer kann also zwischen der Strafverfolgung nach § 266a StGB verbunden mit zivilrechtlichem Schadenersatz ggü. der Krankenkasse oder einem Ersatzanspruch des Insolvenzverwalters wählen.

Der 2. Zivilsenat des BGH schlägt folgende Lösung vor: Soweit sich die Pflichten widersprechen, liege eine die Strafbarkeit ausschließende gesetzliche Pflichtenkollision vor. Der Geschäftsführer würde straflos bleiben, wenn er die Pflicht aus § 64 Abs. 2 GmbHG zur Erhaltung der Insolvenzmasse erfüllt. Dann entfällt auch die Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter. Nach dem 2. Zivilsenat steht diese Einstufung auch nicht in Widerspruch zur Judikatur des 5. Strafsenats (BGH 30.7.03, DStR 04, 283; Abruf-Nr. 032579), da diese einen Fall betreffe, der noch zum alten Konkursrecht mit dem Vorrang der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung ergangen sei und noch nicht den mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung eingetretenen Paradigmenwechsel berücksichtige.

**Abweichende
Auffassung Zivil-
und Strafsenat?**

Der Geschäftsführer ist über das Risiko, das aus einer derzeit noch unterschiedlichen Betrachtungsweise der Zivil- und der Strafgerichtsbarkeit folgt, aufzuklären. zieht der Geschäftsführer es vor, das Strafverfolgungsrisiko zu minimieren, sollte trotz und entgegen § 64 Abs. 2 GmbH bei Fälligkeit an die Krankenkasse gezahlt werden, weil § 64 Abs. 2 GmbHG „nur“ zivilrechtliche Haftungsfolgen hat, § 266a StGB hingegen zur Strafverfolgung führt. Eine Klarstellung durch den 5. Strafsenat des BGH wäre wünschenswert: Denn seit Juli 2004 haftet der Geschäftsführer nicht nur für die Arbeitnehmeranteile, sondern für die gesamten Sozialversicherungsbeiträge.

**Vorläufig besser:
Strafbewehrte
Pflicht erfüllen**