

Geschäftsführerhaftung

## Abführungspflicht für Lohnsteuer und SV-Beiträge auch bei Insolvenzreife

von RA / StB Julian Ott, FA StR, Berlin\*

Ein organschaftlicher Vertreter, der bei Insolvenzreife der Gesellschaft den sozial- oder steuerrechtlichen Normbefehlen folgend Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung oder Lohnsteuer abführt, handelt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Er ist nicht nach § 92 Abs. 3 AktG oder § 64 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft gegenüber erstattungspflichtig (BGH 14.5.07, II ZR 48/06, Abruf-Nr. 072062).



[www.iww.de](http://www.iww.de)

Abruf-Nr. 072062

### Sachverhalt

Der Beklagte war Vorstand einer AG. Diese finanzierte sich über eine als Aktionärin eingebundene Beteiligungsgesellschaft. Der Finanzierungsvertrag enthielt eine Rangrücktrittsklausel, wonach die Beteiligungsgesellschaft den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben in einem Insolvenz- oder Vergleichsverfahren im Range nach den übrigen Insolvenz- oder Vergleichsgläubigern geltend machen werde, jedoch vor den Forderungen der anderen Gesellschafter sowie verbundenen Unternehmen.

**Im Insolvenzfall:  
Rangrücktritt  
der stillen Gesell-  
schafterin vereinbart**

Die Bilanz zum 31.12.00 wies einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag i.H. von 327.847 DM aus. Im August 2001 kam ein vom Beklagten beauftragter Wirtschaftsprüfer zu dem Ergebnis, dass die AG zum Abschlussstichtag bilanziell, nicht jedoch rechtlich überschuldet gewesen sei, da die Forderung der Beteiligungsgesellschaft wegen des Rangrücktritts nicht zu passivieren sei. Das Gutachten stellte ebenfalls fest, dass Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt nicht bestand.

**Nur bilanzielle,  
aber keine  
rechtliche  
Überschuldung**

In der Zeit von August bis Oktober 2001 veranlasste der Beklagte LSt-Zahlungen sowie Zahlungen der Arbeitnehmeranteile zur SV. Im November 2001 beantragte der Beklagte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nachdem die Beteiligungsgesellschaft im Oktober 2001 die Kündigung erklärt und weiter fällige Raten auf die Beteiligungen nicht mehr gezahlt hatte.

**AG zahlungsunfähig  
wegen Kündigung  
der Beteiligungs-  
gesellschaft**

Der Insolvenzverwalter nahm den Beklagten i.H. der abgeführten LSt sowie der SV-Beiträge in Anspruch (§ 92 Abs. 2 und 3 AktG, § 93 Abs. 2 und 3 Nr. 6 AktG). Dies stützt er auf die Begründung, die AG sei bereits zum 31.12.00 nicht nur bilanziell, sondern auch rechtlich überschuldet gewesen (§ 19 InsO). Das LG hatte den Beklagten verurteilt. Der BGH wies die Revision des Insolvenzverwalters gegen die Abweisung des OLG als unbegründet zurück.

**Insolvenzverwalter  
nimmt Vorstand  
in Anspruch**

### Entscheidungsgründe

Die Zurückweisung der Revision stützt der BGH unabhängig von der Frage, ob die Rangrücktrittserklärung tatsächlich den Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt entsprach, darauf, dass

\* Der Autor ist als Geschäftsführer der Klier & Ott GmbH Steuerberatungsgesellschaft Rechtsanwaltskanzlei in Berlin tätig.

- der Beklagte gegen eine möglicherweise bestehende Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft verstoßen hat und
- die geleisteten Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar waren.

Für den qualifizierten Rangrücktritt sollte, um sicherzustellen, dass die vom Rücktritt erfassten Darlehen im Überschuldungsstatus (§ 19 InsO) nicht zu passivieren sind, den Anforderungen der BGH-Entscheidung vom 8.1.01 (DStR 01, 175) genügt sein. Für den qualifizierten Rangrücktritt ist danach erforderlich, dass der Gesellschafter erklärt, er wolle erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handele es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital.

Dem Beklagten ist es gelungen, die Haftung schon dem Grunde nach abzuwenden, weil er belegen konnte, dass er eine möglicherweise bestehende Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft verletzt hat. Er hat zu der Frage, ob sich die Gesellschaft in einer Situation befand, in der er zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet war, unabhängigen, fachlich qualifizierten Rat eingeholt. Auf diesen Rat durfte er sich verlassen. Der BGH hält jedoch daran fest, dass

- für die Haftung des Vertretungsorgans die Erkennbarkeit der Insolvenzreife ausreicht,
- das Verschulden des Vorstands/Geschäftsführers vermutet wird und
- das Vertretungsorgan die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass er seine Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft verletzt hat.

Darüber hinaus stellt der BGH fest, dass die vom Geschäftsführer/Vorstand geleisteten Zahlungen an LSt und Arbeitnehmeranteilen zur SV nicht pflichtwidrig, sondern mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar waren.

Der 2. Zivilsenat des BGH gibt damit seine bisherige Rechtsprechung auf (zuletzt BGH 18.4.05, II ZR 61/03, PStR 05, 185 ff., Abruf-Nr. 051594), wonach das Bestreben des Vertretungsorgans, durch Zahlungen von Sozialleistungen und Steuern sich einer persönlichen deliktischen Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 266a StGB, aus §§ 34, 69 AO oder der Bestrafung nach § 266a StGB zu entziehen, kein im Rahmen des § 92 Abs. 3 AktG, § 64 Abs. 2 GmbHG beachtlicher Umstand sei. Eine durch die unterschiedlichen Normbefehle ausgelöste Pflichtenkollision sei durch die Verneinung des deliktischen Verschuldens bzw. Annahme eines strafrechtlichen Rechtfertigungsgrunds zu lösen, wenn sich das Vertretungsorgan entsprechend dem Verbot des § 92 Abs. 3 AktG und § 64 Abs. 2 GmbHG normgerecht verhält und die Zahlungen nicht leistet. Dies war damit begründet worden, die Vorschriften bezweckten die Erhaltung einer verteilungsfähigen Vermögensmasse im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger. Eine zu ihrem Nachteil gehende bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger, nämlich der Sozialversicherungsträger und des FA, sei zu verhindern.

**Bei Rangrücktritt:  
Gleichstellung mit  
statutarischem  
Kapital**

**BGH: Haftung des  
Vorstands schon  
bei Erkennbarkeit  
der Insolvenzreife**

**BGH: Änderung der  
Rechtsprechung**

**2. Zivilsenat bisher:  
strafrechtlicher  
Rechtfertigungs-  
grund entfällt**

Hieran hält der 2. Zivilsenat nach erneuter Überprüfung im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH (9.8.05, PStR 05, 224, Abruf-Nr. 052526) nicht mehr fest. Der 5. Strafsenat hatte die Pflichtenkollision nicht als Rechtfertigung anerkannt und in der Folge konsequent nach § 266a StGB verurteilt. Der 2. Zivilsenat löst die bestehende Pflichtenkollision nun auf, indem er ein den sozial- und steuerrechtlichen Vorschriften konformes Verhalten im Rahmen der bei den Haftungsnormen des § 92 Abs. 3 AktG, § 64 Abs. 2 GmbHG anzustellenden Prüfung als mit den Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers vereinbar erklärt. Mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung könne es dem organschaftlichen Vertreter nicht angesonnen werden, die Massesicherungspflicht nach § 92 Abs. 3 AktG, § 64 Abs. 2 GmbHG zu erfüllen und fällige Leistungen an die Sozialkassen oder die Steuerbehörden nicht zu erbringen, wenn er sich dadurch strafrechtlicher Verfolgung aussetzt.

### Praxishinweis

Mit dem Entfallen des Normbefehls, Zahlungen an Sozialversicherungsträger zu unterlassen, da sie jetzt als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers vereinbar anzusehen sind, entfällt die Pflichtenkollision mit § 266a Abs. 1 StGB. Die Pflichtenkollision hatte der 5. Strafsenat des BGH für den Zeitraum der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG als Rechtfertigungsgrund angesehen und innerhalb dieses Zeitraums die Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge suspendiert. Fraglich ist, ob die Suspendierung in Zukunft Bestand haben wird. Nach Wegfall der Pflichtenkollision für diesen Zeitraum ist mit einer Änderung der Rechtsprechung des Strafsenats zu rechnen.

Die Normenkollision wird damit zulasten der Insolvenzgläubiger und zugunsten der Sozialkassen und der Finanzverwaltung aufgelöst. Für den Vorstand/Geschäftsführer einer insolvenzbedrohten Gesellschaft besteht nun Klarheit: Aus den letzten Mitteln sind die Sozialversicherungsträger und die Finanzverwaltung zu bedienen.

Spekulationsgewinne

## § 396 Abs. 1 AO: Aussetzung des Strafverfahrens

von RA Jörg Wiese, München ([www.wannemacher-partner.de](http://www.wannemacher-partner.de))\*

Für die Frage, ob ein Verkürzungserfolg i.S. des § 370 AO eingetreten ist, sind in späteren Jahren ergriffene Maßnahmen, die einen verfassungswidrigen Zustand angeblich rückwirkend „heilen“ sollen, irrelevant. Angesichts ernstlicher Zweifel an der materiellen Rechtslage auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Verbindung mit der prozessualen Fürsorgepflicht des Strafgerichts ist eine Verfahrensaussetzung gemäß § 396 Abs. 1 AO geboten (LG Augsburg 26.4.07, 10 KIs 509 Js 103192/03, wistra 07, 272, Abruf-Nr. 072573).

\* Der Autor war im Besprechungsfall als Verteidiger tätig.

**Neu:**  
**Persönliche Strafverfolgung geht vor Gläubigerschutz**

**Dreiwöchiger Schutzraum**

**Normenkollision zulasten der Insolvenzgläubiger aufgelöst**



[www.iww.de](http://www.iww.de)  
**Abruf-Nr. 072573**