

GWR Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht · Kapitalmarktrecht · Finanzierung

2/2010

2. Jahrgang · 29. Januar 2010

Seiten 25–50

Herausgegeben von:

Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Professor Dr. Mathias Habersack, Universität Tübingen

Dr. Wolfgang Weitnauer, Rechtsanwalt in München

Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin in Frankfurt a. M.

Beiträge

<i>Sebastian Blasche</i>	Satzungssitz, tatsächlicher Verwaltungssitz und inländische Geschäftsanschrift: Neue Gestaltungsmöglichkeiten bei innerdeutschen Sachverhalten	25
<i>Simone Powilleit</i>	Compliance im Unternehmen: Rechtliches Risikomanagement als Wertschöpfungsfaktor	28

Rechtsprechung

Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH 09.12.2009 – VIII ZR 91/08	Ersatzteilerückkaufpflicht des Herstellers auch bei Neuvertrag mit Kfz-Vertragshändler (<i>Etienne Zanier-Link</i>)	32
OLG Hamm 01.12.2009 – 15 W 304/09	Notar hat bei mittelbarer Mitwirkung Gesellschafterliste einzureichen (<i>Martin Flick</i>)	33
KG 17.09.2009 – 23 U 15/09	Anfechtbarkeit eines Ausgliederungsbeschlusses wegen ungenügender Auskunftserteilung und Treuwidrigkeit (<i>Norbert Bröcker</i>)	34

Bank- und Kapitalmarktrecht

EuGH 23.12.2009 – C-45/08	Wertpapierhandel mit Insiderwissen „impliziert“ dessen Nutzung (<i>Stefan Widder/Dorothea Bedkowski</i>)	35
BGH 10.12.2009 – VII ZR 42/08	Betrügerischer Geschäftsführer reduziert Haftung des Abschlussprüfers erheblich (<i>Michael Zoller</i>)	36
BGH 19.11.2009 – III ZR 108/08, u. a.	Haftung wegen fehlerhafter Mittelverwendungskontrolle (<i>Bastian Aurich</i>)	37
BGH 12.11.2009 – III ZR 113/09	Verjährung des Befreiungsanspruchs eines Treuhänders (<i>Henning Krauss</i>)	38
OLG Brandenburg 02.12.2009 – 4 U 28/09	Einwendungsdurchgriff bei kreditfinanziertem Erwerb einer Anlagebeteiligung nur bei arglistiger Täuschung (<i>Eckart Gottschalk</i>)	39
LG München I 04.06.2009 – 5HK O 591/09	Abgestimmtes Verhalten i. S. d. § 22 II WpHG erfordert einen unmittelbaren Bezug zum Emittenten (<i>Tobias Nikoleyczik/Thorsten Führ</i>)	40
VG Münster 07.10.2009 – 13 L 376/09	Disziplinarrechtliche Risiken für einen Kämmerer wegen des Abschlusses von Zins-Swap-Geschäften (<i>Carsten Wegner</i>)	41

Insolvenzrecht

EuGH 21.01.2010 – C-444/07	Hauptinsolvenzverfahren hat im Geltungsbereich der EuInsVO universale Wirkung (<i>Norman Werner</i>)	42
OLG Koblenz 26.11.2009 – 2 U 1497/08	Konkludente Genehmigung der Lastschrift durch Schuldner verhindert Lastschriftwiderruf durch Insolvenzverwalter (<i>Christian Tetzlaff</i>)	43

Arbeitsrecht

BAG 21.10.2009 – 10 AZR 664/08	Gleichbehandlung bei Aktienoptionsprogrammen für Führungskräfte (<i>Sabine Otte</i>)	44
BAG 15.09.2009 – 3 AZR 173/08	Keine Rückzahlung von Fortbildungskosten bei unangemessener Bindungsdauer (<i>Alexander Raif</i>)	45
BAG 01.07.2009 – 4 AZR 261/08, u. a.	„Andere Abmachungen“ für die Zeit der Nachwirkung können bereits während der Tarifbindung getroffen werden (<i>Frank Walk</i>)	46
BAG 22.04.2009 – 4 AZR 100/08	Weitergeltung transformierter tariflicher Normen nach Betriebsübergang (<i>Jobst-Hubertus Bauer</i>)	47

Steuerrecht

EuGH 19.11.2009 – C-540/07	Diskriminierende Quellensteuer auf ins EU-Ausland abfließende Dividenden (<i>Christian Schmidt</i>)	48
BFH 28.10.2009 – I R 99/08	Aufgabe der sog. Theorie der finalen Betriebsaufgabe (<i>Thomas Fox/ Andreas Scheidle</i>)	49

Hinweis an unsere Leser:

Die vorliegende Druckausgabe der GWR ist textidentisch mit der elektronisch versandten Version. Abonnenten erhalten zugleich über beck-online Zugriff auf die besprochenen Urteile im Volltext, das elektronische Archiv der GWR sowie alle zitierten Gesetzestexte.

Zitervorschlag: GWR Jahr, Seite (z. B. GWR 2009, 95). Innerhalb der Datenbank beck-online können Sie auch GWR Jahr, Dokumentnummer als Fundstelle in das Suchfeld eingeben. Die Dokumentnummern finden Sie im Heft in der Kopfzeile jedes Beitrags neben der Seitenzahl.

GWR – Impressum

Herausgeber: Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Honorarprofessor der Universität Heidelberg, Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe. Professor Dr. Mathias Habersack, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Eberhard Karls Universität Tübingen, Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen, Tel.: 0 70 71/2 97 33 12, Fax: 0 70 71/29 58 33, E-Mail: mathias.habersack@uni-tuebingen.de. Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer, Weitnauer Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater Partnerschaft, Ohmstraße 22, 80802 München, Tel.: 0 89/38 39 95-0, Fax: 0 89/38 39 95-99, E-Mail: wolfgang.weitnauer@weitnauer.net, Internet: www.weitnauer.net. Rechtsanwältin Dr. Hildegard Ziemons, CMS Hasche Sigle, Barckhausstraße 12–16, 60325 Frankfurt a. M., Tel.: 0 69/7 17 01-3 43, Fax: 0 69/7 17 01-4 05 34, E-Mail: Hildegard.Ziemons@cms-hs.com, Internet: www.cms-hs.com

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer (verantwortlich für den Inhalt), Adresse s. o.

Verlagsredaktion: Geschäftsführend: Rechtsanwältin Katja Schwind, MSc (University of Edinburgh), E-Mail: katja.schwind@beck.de. Verantwortliche Redakteurin: Maria März, LL. B., E-Mail: maria.maerz@beck.de. Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Tel.: 0 89/3 81 89-5 90, Fax: 0 89/3 81 89-1 38. GWR im Internet: <http://www.gwr-online.de>

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Telefon: Susanne Raff (0 89) 3 81 89-6 01, Julie von Steuben (0 89) 3 81 89-6 08, Bertram Götz (0 89) 3 81 89-6 10, Telefax: (0 89) 3 81 89-7 82. Disposition: Herstellung Anzeigen, technische Daten; Telefon: (0 89) 3 81 89-5 98, Telefax: (0 89) 3 81 89-5 89, E-Mail: anzeigen@beck.de. Verantwortlich für den Anzeigenteil: Fritz Leberherz

Verlag: Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Tel.: 0 89/3 81 89-0,

Fax: 0 89/3 81 89-3 98, Postbank München: Nr. 6 229-8 02, BLZ 700 100 80. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: Zweimal monatlich. Bezugspreise 2010: 198,00 € jährlich (inkl. 12,95 € MwSt.). Vorzugspreis für Bezieher des Fachmoduls Handels- und Gesellschaftsrecht premium: 140,00 € jährlich (inkl. 9,16 € MwSt.). Das Abonnement umfasst jeweils den Zugang für drei Nutzer für das Modul GWR Online innerhalb der Datenbank beck-online. Einzelheft: 9,50 € (inkl. 0,67 € MwSt.). Versandkosten jeweils zuzüglich.

Die Rechnungstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abo-Service: Telefon: 0 89/3 81 89-7 50, Telefax: 0 89/3 81 89-3 58, E-Mail: bestellung@beck.de. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahreschluss erfolgen. Adressänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: Kessler Druck und Medien GmbH & Co. KG, Michael-Schäffer-Straße 1, 86399 Bobingen.

Herausgegeben von:

Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Professor Dr. Mathias Habersack, Universität Tübingen

Dr. Wolfgang Weitnauer, Rechtsanwalt in München

Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin in Frankfurt a. M.

Beiträge

Satzungssitz, tatsächlicher Verwaltungssitz und inländische Geschäftsanschrift: Neue Gestaltungsmöglichkeiten bei innerdeutschen Sachverhalten

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Blasche, Linklaters LLP, Düsseldorf, Lehrbeauftragter an der Universität Osnabrück

Seit Inkrafttreten des MoMiG ist die Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz aufgehoben. Zudem muss nunmehr eine inländische Geschäftsanschrift in das Handelsregister der Gesellschaft eingetragen werden. Beide Neuerungen sind bisher vorrangig unter einem europäischen Blickwinkel betrachtet worden. Weniger beachtet wurde jedoch, dass sich ähnliche Fragen auch bei innerdeutschen Sachverhalten ergeben. So stellt sich in der Beratungs- und Gestaltungspraxis für eine deutsche GmbH oder AG die Frage, ob diese Satzungs- und Verwaltungssitz jeweils an unterschiedlichen Orten in Deutschland haben und eine inländische Geschäftsanschrift im Handelsregister eingetragen werden kann, die einen dritten, von Satzungs- und auch Verwaltungssitz unterschiedlichen, inländischen Ort bezeichnet. Der vorliegende Beitrag geht dem nach und kommt zu dem Ergebnis, dass diese Fragen zu bejahen sind. Dies ändert jedoch nichts daran, dass ein von dem Sitzungssitz abweichender Verwaltungssitz als Zweigniederlassung auf dem Registerblatt des Sitzes einzutragen ist.

I. Änderungen durch das MoMiG

Das MoMiG hat grundlegende Änderungen in § 4a GmbHG und § 5 AktG mit sich gebracht. Gleichzeitig wurde mit §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und §§ 37 Abs. 3 Nr. 1, 39 Abs. 1 Satz 1 AktG das Erfordernis der Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift in das Handelsregister der Gesellschaft eingeführt. Diese Neuregelungen bilden den Ausgangspunkt der Untersuchung.

1. Aufhebung der Verknüpfung vom Satzungs- und Verwaltungssitz

Seit dem Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 heißt es in § 4a GmbHG und § 5 AktG nur, dass Sitz der Gesellschaft der Ort im Inland ist, den der Gesellschafts-

vertrag bzw. die Satzung bestimmt. Durch die Einfügung von „im Inland“ ist klargestellt, dass der Sitzungssitz der Gesellschaft auch nach neuer Rechtslage im Inland bleiben muss (vgl. etwa *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 4a Rn. 3). Gleichzeitig ist aber der jeweilige frühere Absatz 2 weggefallen, nach dem der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung als Sitz in der Regel den Ort, wo die Gesellschaft einen Betrieb hat, oder den Ort, wo sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird, zu bestimmen hatte.

Der Gesetzgeber wollte damit der GmbH und der AG die Möglichkeit einräumen, sich mit der Hauptverwaltung an einem Ort unabhängig von ihrem Sitzungssitz niederzulassen und damit vergleichbare Ausgangsbedingungen gegenüber vergleichbaren Auslandsgesellschaften schaffen (BT-Drs. 16/6140, S. 29). Die „Überseering“-Entscheidung (NZG 2003, 431 ff.) und die „Inspire Art“-Entscheidung (NZG 2003, 1064 ff.) des EuGH hatten nämlich dazu geführt, dass eine nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft mit Sitzungssitz in ihrem Gründungsstaat auch von einem anderen EU-Mitgliedstaat, in dem sie ihren Verwaltungssitz hat, anerkannt werden muss. Bis zum Inkrafttreten des MoMiG konnten deutsche Gesellschaften durch die Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz in § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. und § 5 Abs. 2 AktG a.F. allerdings von dieser Freiheit keinen Gebrauch machen, sodass der deutsche Gesetzgeber insoweit gleiche Bedingungen schaffen wollte. Diese Liberalisierung des deutschen Rechts wäre freilich europarechtlich nicht zwingend geboten gewesen (siehe auch *Füller*, in: Ensthaler/Füller/B. Schmidt, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 4a Rn. 11; *Emmerich*, in: Scholz, Bd. III, 10. Aufl. 2010, Nachtrag MoMiG § 4a Rn. 2), weil der EuGH eine Wegzugsbeschränkung, nach der

das nationale Recht eine Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes von dem Gründungsstaat in einen anderen EU-Mitgliedstaat untersagt, für zulässig hält (NZG 2009, 61, 67 – „Cartesio“; vgl. bereits NZG 1999, 298, 299 – „Daily Mail“).

2. Einführung der Pflicht zur Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift

Die Notwendigkeit der Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift nach §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und §§ 37 Abs. 3 Nr. 1, 39 Abs. 1 Satz 1 AktG ist neu. Vor Inkrafttreten des MoMiG war bei der Anmeldung gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV a.F. lediglich die Lage der Geschäftsräume anzugeben, die jedoch nicht ins Handelsregister eingetragen wurde (*Blasche/von Rüden*, Anm. zu OLG München, GmbHR 2009, 380, 381). Die Einführung der Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift ins Handelsregister ist eine Reaktion auf die nicht selten praktizierte Firmenbestattung, welche die Gläubiger der Gesellschaft u. a. vor Zustellungsprobleme stellte (siehe BT-Drs. 16/6140, S. 35). Die neu eingeführte Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift schafft eine Zustelladresse (§ 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG sowie § 78 Abs. 2 Satz 3 AktG), wobei notfalls die Zustellung im Wege öffentlicher Bekanntmachung gemäß § 185 Nr. 2 ZPO möglich ist.

II. Konsequenzen für internationale Sachverhalte

Nach den Änderungen in § 4a GmbHG und § 5 AktG braucht eine deutsche Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nicht mehr in Deutschland zu haben. Auch in diesen Fällen ist allerdings die Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift ins Handelsregister notwendig. Dies kann dann denkwürdig nicht der ausländische Verwaltungssitz sein. In Betracht kommt aber die Eintragung der inländischen Wohnanschrift eines Geschäftsführers, eines oder des alleinigen Gesellschafters, sofern er sich dazu bereit erklärt, oder die inländische Anschrift eines als Zustellungsbevollmächtigten eingesetzten Vertreters, wie z.B. eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters (BT-Drs. 16/6140, S. 35).

III. Konsequenzen für innerdeutsche Sachverhalte

Es fragt sich nun, welche Bedeutung die Neuregelungen für innerdeutsche Sachverhalte haben.

1. Aufhebung der Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz

Geht man der Frage nach, ob die Aufhebung der Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz auch für innerdeutsche Sachverhalte gilt, fällt zunächst auf, dass die Gesetzesbegründung hinsichtlich der Aufhebung der Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz nur auf EU-Auslandssachverhalte abstellt (BT-Drs. 16/6140, S. 29). Zur Schaffung der notwendigen Flexibilität im Rahmen von EU-Auslandssachverhalten war die Aufhebung der Verknüpfung von Satzungs- und Verwal-

tungssitz unumgänglich, weil weder die GmbH noch die AG ihren Sitzungssitz ins EU-Ausland verlegen kann und damit die Zulassung eines ausländischen Verwaltungssitzes der Entkoppelung von Satzungs- und Verwaltungssitz bedurfte. Anders ist es hingegen bei innerdeutschen Sachverhalten, bei denen der Sitzungssitz dem Verwaltungssitz durchaus „nachziehen“ kann. Innerdeutsche und internationale Sachverhalte weisen hier also einen wesentlichen Unterschied auf, der gegen die Aufhebung der Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz bei innerdeutschen Sachverhalten zu sprechen scheint.

Bei genauerer Betrachtung muss die Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz aber auch bei innerdeutschen Sachverhalten möglich sein. Der Wortlaut von § 4a GmbHG und § 5 AktG sieht eine Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz nicht mehr vor. Nimmt man die vom Gesetzgeber angestrebte Flexibilisierung der Rechtslage für deutsche GmbHs und AGs ernst, dann muss diese auch zu einer Liberalisierung bei Inlandsachverhalten führen. Die Aufhebung der Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz erfasst damit grundsätzlich auch innerdeutsche Sachverhalte.

Dies gilt allerdings nur bis zur allgemeinen Schranke des Rechtsmissbrauchs (*Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 4a Rn. 7). Der Sitzungssitz hat für die Gesellschaft grundlegende Bedeutung. Nach ihm bestimmen sich u. a. die gerichtlichen Zuständigkeiten und er ist wichtig für die Unterscheidbarkeit der Firma (§ 30 HGB). Er darf daher auch nach neuem Recht nicht rechtsmissbräuchlich gewählt werden. Die Schranke dafür dürfte aber sehr hoch anzusetzen sein, wobei abzuwarten bleibt, inwiefern die Gerichte die alte Rechtsprechung zur missbräuchlichen Sitzwahl (vgl. etwa zur Sitzverlegung im Liquidationsstadium LG Berlin, ZIP 1999, 1050, 1051 = BeckRS 2010, 01399) auch nach neuem Recht fortführen werden. Da nun die Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift in das Handelsregister die Erreichbarkeit der Gesellschaft sicherstellt, kann ein Rechtsmissbrauch nach neuem Recht jedenfalls nicht mehr mit einer durch die Sitzwahl geschaffenen fehlenden Erreichbarkeit (vgl. OLG Stuttgart, NJW-RR 1991, 1510) begründet werden. Für die Praxis empfiehlt sich bis zu einer Klärung der Rechtslage ein sachlicher Anknüpfungspunkt für die Sitzwahl (*Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 4a Rn. 4).

Für die Gestaltungspraxis ist zu beachten, dass die Satzung der Gesellschaft keine Regelungen zum Verwaltungssitz enthalten muss und insbesondere seine Verlegung ohne Satzungsänderung möglich ist. Um Unsicherheiten darüber zu vermeiden, ob die Kompetenz der Geschäftsführung auch die Verlegung des Verwaltungssitzes erfasst oder diese, wovon bei Fehlen ausdrücklicher Regelungen in der Satzung auszugehen sein dürfte, eines Gesellschafterbeschlusses bedarf, sind entsprechende Regelungen in der Satzung zu empfehlen (*Katschinski/Rawert*, ZIP 2008, 1993, 1998; *Otte*, BB 2009, 344, 344f.; jeweils mit Formulierungsvor-

schlägen). Die Satzung kann für einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss auch eine qualifizierte Mehrheit vorsehen oder den Verwaltungssitz unmittelbar regeln und somit als Satzungsbestandteil von der Entscheidung der Gesellschafter abhängig machen (siehe *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rn. 358f.).

2. Inländische Geschäftsanschrift an einem anderen Ort als dem Satzungs- oder Verwaltungssitz

Ist also die Verknüpfung von Satzungs- und Verwaltungssitz auch bei innerdeutschen Sachverhalten entfallen, stellt sich weiter die Frage, ob außerdem auch eine inländische Geschäftsanschrift gewählt werden kann, die weder am Ort des Satzungs- noch des Verwaltungssitzes liegt.

Die Gesetzesbegründung nimmt dazu nicht ausdrücklich Stellung. Sie schwenkt vielmehr nach der Feststellung, dass die angegebene Geschäftsanschrift „in der Regel“ mit der Anschrift des Geschäftslokals, dem Sitz der Hauptverwaltung oder des maßgeblichen Betriebes übereinstimmen wird, auch insoweit rasch auf die europäische Thematik ein. Nach dem Wortlaut von §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und §§ 37 Abs. 3 Nr. 1, 39 Abs. 1 Satz 1 AktG fordert das Gesetz jedenfalls nur die Angabe einer Geschäftsanschrift im Inland, nicht hingegen einer Geschäftsanschrift am Satzungs- oder Verwaltungssitz. Dies ist folgerichtig, weil dem Rechtsverkehr keine Nachteile entstehen, wenn die angegebene Geschäftsanschrift nicht mit dem Satzungs- oder Verwaltungssitz übereinstimmt. Der Zweck der Eintragung der inländischen Geschäftsanschrift liegt darin, eine Zustelladresse zu schaffen (siehe dazu oben unter I. 2.) und dieser wird unabhängig davon erreicht, ob die Gesellschaft an dem angegebenen Ort ihren Satzungs- oder Verwaltungssitz hat. Wie § 24 Abs. 2 HRV zeigt, muss der Ort der inländischen Geschäftsanschrift nicht mit den Geschäftsräumen der Gesellschaft übereinstimmen (*Roth*, in: *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 4a Rn. 2; *Blasche/von Rüden*, Anm. zu OLG München, GmbHR 2009, 380, 381f.) und gleiches gilt auch für das Verhältnis von inländischer Geschäftsanschrift zu Satzungs- und Verwaltungssitz.

3. Konsequenzen für das Niederlassungsrecht

Abschließend bleibt zu untersuchen, ob bei einem Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz der Verwaltungssitz eine Haupt- oder Zweigniederlassung ist. Nach neuem Recht ist es möglich, dass am Verwaltungssitz nur ein Briefkasten existiert und sich die Geschäftstätigkeit von einem Verwaltungssitz entfaltet, der an einem anderen Ort liegt.

Mag dieser Ort dann zwar rein faktisch eine Hauptniederlassung sein (*Otte*, BB 2009, 344, 345), so ändert dies nichts daran, dass das Gesetz bei Handelsgesellschaften den Begriff der Hauptniederlassung nicht verwendet und stattdessen auf den Sitz der Gesellschaft abhebt. § 13 Abs. 1 HGB bestimmt, dass die Registerzuständigkeit für sämtliche Niederlassungen am Ort des Sitzes der Gesellschaft konzentriert wird, so dass dann,

wenn der Verwaltungssitz von dem Ort des Verwaltungssitzes abweicht, der Verwaltungssitz entscheidend sein muss (*Pentz*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl. 2008, § 13 Rn. 20 und 26). Dies hat zur Folge, dass für den Ort des Verwaltungssitzes eine Zweigniederlassung beim Register des Verwaltungssitzes nach § 13 Abs. 1 HGB anzumelden ist, dort gemäß § 13 Abs. 2 HGB eingetragen wird (*Wicke*, GmbHG, 2008, § 4a Rn. 7; *Heckschen*, DStR 2009, 166, 168) und nur die Verlegung des Verwaltungssitzes ein Anwendungsfall des § 13h HGB ist.

IV. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass das MoMiG auch für innerdeutsche Sachverhalte ein erhebliches Maß an Flexibilisierung in Bezug auf die Wahl des Satzungs- und Verwaltungssitzes gebracht hat. Satzungs- und Verwaltungssitz können nun an unterschiedlichen Orten in Deutschland liegen. Auch wenn dazu noch keine neue Rechtsprechung vorliegt, ist davon auszugehen, dass der Verwaltungssitz nicht missbräuchlich gewählt werden darf. Bis zu einer Klärung der Rechtslage sollte in der Praxis jedenfalls auf einen sachlichen Anknüpfungspunkt für die Sitzwahl geachtet werden.

Die inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft muss weder mit dem Satzungs- noch mit dem Verwaltungssitz übereinstimmen. Bezüglich des Niederlassungsrechts ist festzuhalten, dass der Verwaltungssitz bei einem Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz als Zweigniederlassung einzuordnen ist. Beim Register des Verwaltungssitzes ist für den Ort des Verwaltungssitzes eine Zweigniederlassung anzumelden und auf dem Registerblatt des Verwaltungssitzes einzutragen.

Für die Praxis eröffnen diese Regelungen neue unternehmerische Spielräume. Nun kann beispielsweise trotz unterschiedlicher Verwaltungssitze von Konzernunternehmen eine einheitliche gerichtliche Zuständigkeit durch die Wahl eines gemeinsamen Verwaltungssitzes für alle Konzernunternehmen begründet werden (*Wicke*, GmbHG, 2008, § 4a Rn. 5). Die Kompetenzzuweisung für die Verlegung des Verwaltungssitzes sollte unter den Gesellschaftern diskutiert und gegebenenfalls die Satzung angepasst werden. Bezüglich der im Handelsregister eingetragenen inländischen Geschäftsanschrift ist darauf zu achten, dass diese Eintragung immer auch den tatsächlichen Umständen angepasst und gepflegt wird, um sicherzustellen, dass Zustellungen an diese Anschrift die Gesellschaft auch tatsächlich erreichen. Insoweit ist auch zu erwägen, eine für Zustellungen an die Gesellschaft empfangsberechtigte Person mit inländischer Anschrift, wie beispielsweise einen Rechtsanwalt, nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bzw. § 39 Abs. 1 Satz 2 AktG zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, um die Erreichbarkeit der Gesellschaft sicherzustellen (*Blasche/von Rüden*, Anm. zu OLG München, GmbHR 2009, 380, 382). ■

Anm. d. Red.: Weiterführende Linkhinweise finden Sie in der Online-Version dieses Beitrags.

Compliance im Unternehmen: Rechtliches Risikomanagement als Wertschöpfungsfaktor

Rechtsanwältin Dr. Simone Powilleit, München

Die Abhandlung umreißt, wie die Compliance als Wertschöpfungsfaktor des Unternehmens genutzt werden kann. Die Überwachung, Handhabung und Auswertung der rechtlichen Regelungen wird in Form eines Risikomanagements durchgeführt. Der Aufbau eines solchen rechtlichen Risikomanagements wird vorliegend am Beispiel des COSO ERM Risiko Standards erläutert.

A. Grundlagen

I. Compliance-Begriff

Die Compliance wird oftmals zu eng gefasst, indem der Begriff auf die Einhaltung zwingender Rechtsvorschriften und den dazu erlassenen Ethikrichtlinien und Verhaltensnormen eingegrenzt wird (vgl. zuletzt: J. Hüffer/U.H. Schneider, ZIP 2010, 55). Die Aufmerksamkeit wird dabei auf die Haftungsfragen und etwaige Bußgelder oder Schadensersatzansprüche reduziert. Die Compliance kann aber nur dann zur Wertschöpfung des Unternehmens beitragen, wenn sie im Sinne eines umfassenden „rechtlichen Risikomanagements“ verstanden wird.

II. Wertschöpfung

Die Wertschöpfung durch Einführung eines rechtlichen Risikomanagements lässt sich nicht vermeiden. Entscheidungsgrundlagen werden transparenter und ermöglichen eine schnelle Reaktionsmöglichkeit des Managements. Das Risikomanagement trägt zur Unternehmensstabilität bei und erleichtert die Beschaffung von Fremdkapital. Zusätzlich werden Kosten durch die Vermeidung redundanter Strukturen eingespart. Zur Messung der Wertschöpfung müssen die Rechtsrisiken quantitativ und qualitativ bewertet und das eingesetzte Risikokapital festgelegt werden. Das zurückfließende risikobehaftete Kapital („Return on Risk Adjusted Capital“) ist ein geeigneter Erfolgsmaßstab. Der Nachweis der Wertschöpfung ist entscheidend für den Erfolg des rechtlichen Risikomanagements.

III. COSO-ERM Framework

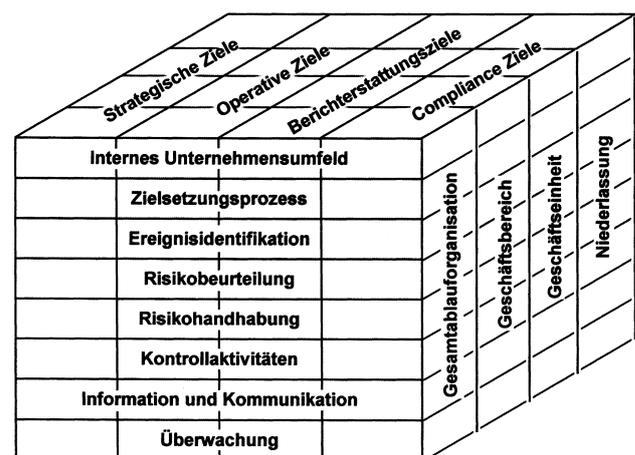
Der COSO-Standard ist ein anerkanntes Framework für das allgemeine Risikomanagement, der vom Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) entwickelt wurde. Ursprünglich diente das Kontrollmodell dem Ziel, die Ursachen von Bilanzfälschungen aufzudecken und Empfehlungen zur Verhinderung von Bilanzfälschungen auszusprechen. Price Waterhouse Coopers überarbeitete das Modell zu dem heute bekannten COSO ERM – Enterprise Risk Management Framework. Einen sehr guten Überblick

zur Umsetzung des COSO ERM gewährt Christian Brünger in „Erfolgreiches Risikomanagement mit COSO ERM“, 2009.

Das COSO-Rahmenwerk hat den entscheidenden Nachteil, dass die Compliance „nur“ als Zielkategorie dargestellt wird und vertikal verläuft. Zur Unterstützung des Vorstands bzw. der Geschäftsführung bei der Umsetzung ihrer umfangreichen organschaftlichen Sorgfalts-, Überwachungs- und Legalitätspflichten reicht das. Ein wirtschaftlicher Mehrwert kann sich aus der Compliance jedoch nur im Sinne eines rechtlichen Risikomanagements ergeben, das sich zusätzlich durch alle horizontalen Komponenten des COSO-ERM-Würfels zieht. Dadurch wird gewährleistet, dass die übrigen Unternehmensziele den rechtlichen Vorschriften entsprechen und durch rechtsgestaltende Maßnahmen unterstützt werden können. Die rechtliche Beratung durchdringt somit das gesamte Risikomanagement, liefert aufbereitete Daten über die Rechtsrisiken und trägt zur korrekten Gesamtrisikobeurteilung bei. Die Erläuterung des rechtlichen Risikomanagements erfolgt bei den entsprechenden Komponenten.

B. Aufbau eines rechtlichen Risikomanagements

COSO-ERM-Würfel:



Eigene Darstellung in Anlehnung an COSO, Executive Summary, 2004, S. 4 f.

I. Internes Unternehmensumfeld

Das interne Unternehmensumfeld hat die Struktur und die Kultur zur Erreichung der (Compliance-)Ziele bereitzustellen. Die organisatorischen Einheiten sowie deren Aufgabenverteilungen werden in Form eines Organigramms dargestellt und durch Stellenbeschreibungen

gen ergänzt. Eine wirksame Delegation von Pflichten setzt voraus, dass dem Beauftragten die notwendigen Mittel und Kompetenzen zur Verfügung stehen, seinem Verantwortungsbereich gerecht zu werden. Die Schnittstellen der Verantwortungsbereiche sind genau zu definieren und zu dokumentieren. Der konkrete Pflichtenkreis des Beauftragten bestimmt den Inhalt und Umfang seiner Garantienpflicht, BGH, NZG 2009, 1356. Dabei ist auf die besonderen Verhältnisse des Unternehmens und den Zweck seiner Beauftragung abzustellen. Zu Interessenkollisionen kommt es immer dann, wenn die ungeschriebenen Karriereregeln den vorgegebenen Leitlinien entgegenstehen. Eine gesunde Compliance-Kultur erfordert, dass die Verhaltensrichtlinien nicht nur bekannt, sondern auch gelebt werden können, ohne Nachteile befürchten zu müssen. Die Compliance-Kultur kann durch Schulungen oder Workshops unterstützt werden.

II. Unternehmensziele

1. Die Compliance-Ziele im engeren Sinn beschränken sich auf die Einhaltung zwingender Rechtsvorschriften, deren Verstöße mit Haftstrafen oder hohen Bußgeldern geahndet werden. Der weite Begriff des rechtlichen Risikomanagements erfordert eine Zielfestlegung auf allen Rechtsgebieten, soweit dadurch die übrigen Unternehmensziele unterstützt werden. Das rechtliche Risikomanagement führt somit zu einer weiteren Konkretisierung der Unternehmensziele.

2. Die Ziele werden durch eine Zielbeschreibung, die Festlegung der Messgröße zur Kontrolle der Zielerreichung, das Messgrößenziel und den Toleranzbereich definiert. Innerhalb des Toleranzbereichs gilt das Ziel noch als erreicht und weist die Risikobereitschaft („Risk Appetite“) aus. Unternehmensziele könnten wie folgt spezifiziert werden:

- (1) Einhaltung der Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb. Messgröße: Anzahl der Verstöße, Messgrößenziel: 0 Verstöße, Toleranzbereich = 0.
- (2) Zahlung von Vertragsstrafen; Messgröße: Gewinn- und Verlustrechnung (GuV), Messgrößenziel: x Mio. Euro; Toleranzbereich: 1%.
- (3) Operatives Ziel: Verringerung der Betriebsausfallzeiten durch Unfälle; Messgröße: Anzahl der beinahe Unfälle; Messgrößenziel: > x beinahe Unfälle; Toleranz 1%.
- (4) Compliance-Ziel: Arbeitssicherheit, Umwelt- und Gesundheitsschutz; Messgröße: Anzahl der beinahe Unfälle; Messgrößenziel: > x beinahe Unfälle; Toleranz 0%.
- (5) Strategisches Ziel: Image als umweltbewusstes Unternehmen; die Messgröße: Anzahl der beinahe Unfälle; Messgrößenziel: > x beinahe Unfälle; Toleranz 1%.

III. Ereignisidentifikation

1. Ein compliance-relevantes Ereignis ist jeder Vorfall oder jede Begebenheit, die die Erreichung der Unter-

nehmensziele oder deren Umsetzung positiv oder negativ beeinflusst. Eine wettbewerbsbeschränkende Absprache mit Kunden oder Lieferanten wäre ein internes Compliance-Ereignis aus dem kartellrechtlichen Bereich. Das drohende Bußgeld gehört dagegen in den Bereich der Risikobeurteilung.

2. Die Auswahl der richtigen Technik zur Ereignisidentifikation oder der späteren Risikobewertung oder Risikosteuerung ist u. a. davon abhängig, ob Gesetzesvorhaben, ein vorliegender Rechtsstreit, die Rechtstreue des Unternehmens analysiert oder ob Wege zur rechtlichen Unterstützung der übrigen Unternehmensziele gefunden werden sollen. In ihrem Werk „Erfolgsfaktor Risiko-Management 2.0“ stellen *Frank Romeike* und *Peter Hager* die Geeignetheit verschiedener analytischer Methoden und Kreativitätsmethoden im Hinblick auf die einzelnen Geschäftsbereiche dar und erläutern diese. Zur Unterstützung der ISO 31000 wurde die IEC/ISO 31010 erlassen. Diese Subnorm beschreibt die Anforderungen an Risikobeurteilungskonzepte und deren Einbettung in ein Risikomanagementsystem. Darüber hinaus bietet die Norm grundsätzliche Hinweise zur Auswahl der geeigneten systematischen Techniken zur Identifikation, Analyse und Bewertung von Risiken. Eine Auflistung und ein Vergleich verschiedener Techniken ist im Anhang A und B des IEC/ISO 31010 Standards zu finden. Die Fülle von geeigneten Kreativitätstechniken ist unerschöpflich und sollte viel stärker von Volljuristen genutzt werden. Ereignisse können zusätzlich aus dem Vorschlagswesen, dem Beschwerderecht oder bekannten (Beinahe-)Schadensfällen generiert werden. Zur Aufdeckung von Compliance-Verstößen werden teilweise Compliance Audits oder eine Whistleblower Hotline eingerichtet. Die sich daraus ergebende Rechtsproblematik erläutert *Thilo Mahnhold* in NZA 2008, 737.

3. Die gefundenen Ereignisse sollten in einem Ereignisinventar festgehalten werden. Ein Ereignisinventar listet die Gefahrengebiete des Unternehmens auf, teilt diese in Gefahrenbereiche und in einzelne Gefahren-Checkpunkte ein und erläutert schließlich detailliert die Gefahr.

IV. Risikobeurteilung

Die Ereignisse sind hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit, Schadenshöhe und Abhängigkeiten zu untersuchen. Die negativen Abweichungen (Risiken) und die positiven Abweichungen (Chancen) können getrennt oder im gleichen Verfahren beurteilt werden. Exemplarisch wird vorliegend nur die Risikobeurteilung dargestellt.

1. Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe:

Zur Beurteilung der Eintrittswahrscheinlichkeit werden gerne die Erfahrungswerte aus der Vergangenheit und Gegenwart herangezogen und mit Werten aus der Branche verifiziert. Die Daten können in einem Histogramm abgebildet werden, um daraus auf eine zukünftige Wahrscheinlichkeitsverteilung zu schließen. Fatal wirkt

sich dabei aus, wenn die Geschäftsleitung darauf baut, dass Gesetzesverstöße oder schlecht ausgearbeitete Verträge auch weiterhin folgenlos bleiben. Die Neufassung des § 100a StPO und Gesetzesinitiativen über eine Kronzeugenregelung (BR-Drs. 353/07) zeigen den eindeutigen Trend auf, Gesetzesverstöße lückenlos aufzudecken. Oftmals liegen auch keine Rohdaten aus der Vergangenheit vor, zumal einige (kartellrechtliche) Verstöße eine Existenzgefährdung in sich bergen. An dieser Stelle können andere quantitative und qualitative Techniken zur Bewertung von Rechtsrisiken eingesetzt werden. Denkbar wäre beispielsweise eine Szenarioanalyse oder ein Stresstest.

Die Ermittlung der Schadenshöhe erfolgt zunächst unter der Prämisse, dass keine Handhabungsmaßnahmen ergriffen werden. Es wird also das originäre oder auch Bruttoreisiko abgefragt. Anschließend wird das Restrisiko, also das Residuale- bzw. Nettorisiko, beurteilt. Die Würdigung der Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe kann auf einer metrischen Skala abgebildet werden. Die Schadenshöhe der Rechtsrisiken kann sich aus der Rechtsfolgenreihe – Bußgeld, Verfall, Vorteilsabschöpfung, Schadensersatzansprüche oder Haftstrafen – ergeben. Reputationsschäden, die wegen eines Korruptionsvorfalles zu einem Absatzrückgang oder Kurseinbruch an den Aktienmärkten führen, sind dagegen schwerer zu taxieren. Soweit eine punktgenaue Schätzung nicht möglich ist, kann eine Schadensbandbreite festgelegt werden.

2. Abhängigkeiten

Eine Schmiergeldzahlung kann neben den strafrechtlichen Konsequenzen zur Unwirksamkeit des dadurch zustande gekommenen Vertrages führen (*Schlüter/ Nell*, NJOZ 2008, 223). Ist der Vertrag unwirksam, entfällt der Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung. Risiken treten selten isoliert auf, sondern sind voneinander abhängig (korreliert). Wie die Ereignisse voneinander abhängen, kann oftmals in mathematischen Formeln ausgedrückt und in einer Korrelationsmatrix dargestellt werden. Die Auswertung ist bei der Auswahl der Risikohandhabungsmaßnahmen zu berücksichtigen.

3. Risikopriorisierung

Rechtsrisiken, die dem dispositiven Rechtskreis zuzuordnen sind, werden mit den übrigen Risiken je nach Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit in einem zweidimensionalen Koordinatensystem dargestellt. Je weiter oben rechts das Risiko liegt, desto höher soll seine Dringlichkeit und somit seine Priorität sein. In dieser sogenannten „Risk-Map“ wird eine Risikoschwelle definiert und eingezeichnet. Die Risiken unterhalb dieser Schwelle werden vom Unternehmen hingenommen, für Risiken oberhalb der Risikoschwelle sind Handhabungsmaßnahmen einzuleiten. Eine Besonderheit besteht bei den Compliance-Regelungen im engeren Sinne, weil die Einhaltung der zwingenden Rechtsvorschriften immer gewährleistet werden muss.

V. Risikohandhabung

1. Risikohandhabungsstrategien

Als aktive Form der Risikohandhabung gelten die Risikovermeidung, Risikoreduktion und die Risikodiversifikation. Die Risikovermeidung zielt darauf ab, den Eintritt eines Risikoereignisses vollständig für eine Organisation auszuschließen. Die Risikoreduktion senkt einen Risikoparameter – die Schadenshöhe oder die Eintrittswahrscheinlichkeit. Die Risikoreduktion gehört zur klassischen Handhabungsstrategie der Rechtsabteilung. Die Eintrittswahrscheinlichkeit von Compliance-Verstößen erfolgt vorbeugend durch die Einrichtung einer Help Desk Hotline sowie durch abschreckende, unmissverständliche, konsequente arbeitsrechtliche Sanktionen. Die Risikodiversifikation teilt ein Risikoereignis in mehrere Ereignisse auf. Die Wahrscheinlichkeit eines Lieferengpasses kann z.B. auf mehrere Lieferanten verteilt werden, indem eine Bestellung auf mehrere Vertragsverhältnisse aufgeteilt wird.

Als passive Risikohandhabung gelten der Risikotransfer, die Risikoversorge und die Risikoakzeptanz. Der Risikotransfer zielt darauf ab, die Auswirkungen eines Risikos auf eine andere Partei zu übertragen z.B. durch Regeln über den Gefahrübergang, die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses oder durch den Abschluss einer Versicherung. Bei der Risikoversorge werden für den Fall des Schadenseintritts stille Reserven oder Rücklagen gebildet, die nicht zwingend mit bilanziellen Rückstellungen verknüpft sind. Die Strategie der Risikoakzeptanz kann nur gewählt werden, wenn die Risikotragfähigkeit des Unternehmens dadurch nicht überschritten wird.

2. Bewertung der Handhabungsstrategien

Die Strategien müssen hinsichtlich der Auswirkung auf die Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe bewertet werden. Die Kosten der Handhabungsstrategie sind in Relation zum Nutzen zu setzen. Dabei sollte berücksichtigt werden, mit welcher Strategie mehrere Risiken gleichzeitig reduziert werden oder sich Chancen ergeben. Die Bewertung dient als Entscheidungsgrundlage zur Auswahl der besten Handhabungsstrategie und zur Ableitung des residualen Risikos.

3. Risikoaggregation

Der Wert der Nettorisiken darf die Risikobereitschaft und -tragfähigkeit des Unternehmens nicht übersteigen. Die Risiken können zusammengefasst (aggregiert) werden, wenn bei der Zielfestlegung jeweils die gleichen Rahmenbedingungen gewählt wurden und die Werte der Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe vorliegen. Eine Risikomanagementsoftware bietet beispielsweise die Möglichkeit, durch eine „Monte-Carlo-Simulation“ eine Gesamtrisikoposition zu ermitteln. Die Auswirkung der Risiken auf die gewählte Zielgröße kann dann abgelesen werden.

VI. Kontrollaktivitäten/Dokumentation

Zunächst müssen die Stellen lokalisiert werden, an denen Kontrollen notwendig sind („Scoping“). Anschließend sind die Faktoren: Kontrollziel, Kontrollbeschreibung, Kontrolleigner, Kontrolltyp, Kontrollfrequenz, Kontrollinput/-output zu definieren, und die Kontrollausführung revisionssicher zu dokumentieren. Die Video-, Telefon- und E-Mail-Überwachung von Mitarbeitern ist oftmals unzulässig (*Oberwetter*, NZA 2008, 609). Dies führt zu Problemen bei der Verwertbarkeit des Materials im Rahmen eines zivilrechtlichen Streits (*Balthasar*, JuS 2008, 35).

VII. Information und Kommunikation

Die Aufstellung von Kommunikationsrichtlinien hilft, im Sinne der „Need to know Policy“, jede Stelle mit den richtigen Informationen zu versorgen und vertrauliche Informationen durch Chinese Walls abzuschotten. Aus bundesdatenschutzrechtlichen Gründen sollte die Privatnutzung der geschäftlichen Computer strikt untersagt werden. Unternehmen, die einem Electronic Discovery-Verfahren ausgesetzt werden könnten, sollen den professionellen Einsatz ihres Dokumentmanage-

mentsystems so gestalten, dass die Risiken durch die Herausgabe längst löschtbarer Dokumente vermieden werden („Safe Harbor Rule“). Die Löschungsvorgänge sollten daher routinemäßig durch eine nicht zu manipulierende Operation eines elektronischen Informationssystems durchgeführt werden.

VIII. Überwachung des Risikomanagementsystems

Das Risikomanagement muss ständig den aktuellen Gegebenheiten angepasst werden. Neben den allgemeinen organschaftlichen Überwachungspflichten hat das BilMoG u.a. dem Aufsichtsrat die Möglichkeit eingeräumt, aus seiner Mitte einen Prüfungsausschuss zu bestellen, der sich mit der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems und des Risikomanagements befasst, § 107 Abs. 3 AktG. Angesichts der Aufgabenfülle dürfte die Bestellung eines Prüfungsausschusses in jedem größeren Unternehmen angezeigt sein. Die Wirksamkeitsprüfung ist nicht reglementiert und birgt noch viel Diskussionsstoff. ■

Anm. d. Red.: Weiterführende Linkhinweise finden Sie in der Online-Version dieses Beitrags.

Rechtsprechung

Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH: Ersatzteilerückkaufpflicht des Herstellers auch bei Neuvertrag mit Kfz-Vertragshändler

BGB § 157

Eine Formalklausel in einem Kfz-Vertragshändlervertrag, nach der sich der Hersteller verpflichtet, von dem Händler bei Beendigung dieses Vertrages auf Verlangen fabrikneue Ersatzteile, die näher bezeichnete Voraussetzungen erfüllen, zurückzukaufen, ist dahin auszulegen, dass der Rückkaufanspruch entfällt, wenn die Zusammenarbeit auf der Grundlage eines mit dem beendeten Vertrag im Wesentlichen übereinstimmenden Vertrags fortgesetzt wird. Das ist nicht der Fall, wenn der Händler sich auf der Grundlage des bisherigen Vertrags auf den Ersatzteilgroßhandel spezialisiert hatte und dieser Großhandelstätigkeit des Händlers durch eine Umstrukturierung des Vertriebssystems des Herstellers zu einem wesentlichen Teil der Boden entzogen worden ist (im Anschluss an Senatsurteile NJW-RR 2007, 1697, und NJW-RR 2008, 1371). (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Urteil vom 09.12.2009 – VIII ZR 91/08
(OLG Frankfurt a. M.), BeckRS 2010, 00552

Sachverhalt

Die Klägerin war aufgrund eines Händlervertrages für Service und Vertrieb seit 1997 Vertragshändlerin der Beklagten. 50% des Gesamtumsatzes der Klägerin machte der Weiterverkauf von Ersatzteilen aus. Im Hinblick auf die durch das Inkrafttreten der Kfz-GVO (Verordnung (EG) Nr. 1400/2002) der EU-Kommission notwendig gewordene Umstrukturierung ihres Vertriebsnetzes kündigte die Beklagte den Händlervertrag mit der Klägerin zum 30.09.2003, richtete für ihren Ersatzteilhandel 15 sogenannte „Regionale Stützpunktlager“ ein und übernahm den Teilehandel im Übrigen selbst. Ein Vertragsangebot für ein Regionales Stützpunktlager erhielt die Klägerin von der Beklagten nicht, schloss mit dieser jedoch mit Wirkung zum 01.10.2003 einen neuen Händlervertrag für den Neuwagenvertrieb und einen Servicepartnervertrag für das Werkstattgeschäft ab. Gestützt auf eine entsprechende Klausel im beendeten Händlervertrag, die die Beklagte bei Beendigung des Händlervertrages zum Ersatzteilerückkauf verpflichtet, nimmt die Klägerin die Beklagte auf Ersatzteilerückkauf in Anspruch.

Entscheidung

Der BGH schließt sich der Auffassung der Vorinstanzen nicht an, wonach eine Rücknahmepflicht der Beklagten aufgrund der nahtlosen Fortsetzung der Geschäftsbeziehung der Parteien im Rahmen eines neuen Vertragshändler-

ervertrages ausscheide. Nach Auffassung des BGH sei für die bei einem Formularvertrag gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung in erster Linie der Vertragswortlaut maßgeblich. Dieser fordere für die Rückkaufverpflichtung der Beklagten lediglich eine Beendigung des Händlervertrages. Für die vom Berufungsgericht vorgenommene, einschränkende bzw. ergänzende Auslegung der Klausel zum Rückkauf aufgrund des Abschlusses eines neuen Händlervertrages sei kein Raum, da die Geschäftsbeziehung der Parteien hinsichtlich des Ersatzteilgeschäfts nicht im Wesentlichen unverändert fortgeführt werde. Die Umstrukturierungen des Vertriebssystems der Beklagten hätten zu gravierenden Änderungen des Ersatzteilgeschäfts geführt, wodurch dem bisherigen Ersatzteilgroßhandel der Klägerin der Boden entzogen worden sei. Im Übrigen ergebe sich aus dem Wortlaut der Klausel entgegen der Annahme des Berufungsgerichts keine Beschränkung auf die Tätigkeit der Klägerin als Vertragshändlerin, sie umfasse vielmehr auch deren Tätigkeit als Großhändlerin. Ebenso sei für die Rückkaufverpflichtung nicht nach dem Zweck der Anschaffung der Ersatzteile – Weiterverkauf oder Einsatz im eigenen Werkstattgeschäft – zu differenzieren.

Praxisfolgen

Ausgelöst durch die zum 01.01.2003 in Kraft getretene Kfz-GVO kam es im Kfz-Vertrieb zu einer Trennung des Vertriebs von Neufahrzeugen und der Erbringung von Werkstatteleistungen. In dieser, wie auch in seiner parallel ergangenen Entscheidung vom selben Tag (Az. VIII ZR 93/08, BeckRS 2010, 00553) führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung zum Anspruch des ehemaligen Kfz-Vertragshändlers auf Rücknahme von Ersatzteilen bei einer Vertragsbeendigung im Zusammenhang mit der Einführung der Kfz-GVO konsequent fort und nimmt eine Rücknahmepflicht des Herstellers auch dann an, wenn der bisherige Vertragshändler seinen Ersatzteilgroßhandel aufgrund eines neuen Vertriebsnetzes des Herstellers nicht mehr wahrnehmen kann. Wie bereits in seiner Entscheidung NJW-RR 2008, 1371 angedeutet, stellt der BGH allerdings klar, dass die Rücknahmepflicht nicht für die Ersatzteile gilt, zu deren Bevorratung der bisherige Händler nach dem neuen Servicevertrag verpflichtet ist.

Rechtsanwalt Etienne Zanier-Link,
Dr. Maier & Kollegen, München

OLG Hamm: Notar hat bei mittelbarer Mitwirkung Gesellschafterliste einzureichen

GmbHG § 40 II

Hat ein Notar mittelbar an einer Veränderung in der Person eines Gesellschafters oder dem Umfang einer Beteiligung mitgewirkt, so hat er eine neue Gesellschafterliste nach § 40 II GmbHG zum Handelsregister einzureichen. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Hamm, Beschluss vom 01.12.2009 – 15 W 304/09, rechtskräftig, BeckRS 2009, 88322

Sachverhalt

Der Entscheidung des OLG Hamm liegen zwei voneinander zu trennende Vorgänge zugrunde. Erst gliederte eine Gesellschaft eine Beteiligung auf eine GmbH aus, wofür die übernehmende GmbH ihr Stammkapital erhöhte. Der die Ausgliederung beurkundende Notar erstellte und unterzeichnete eine neue Gesellschafterliste der GmbH und reichte diese zum Registergericht ein. Dort wurde sie auch aufgenommen.

Sodann beurkundete derselbe Notar etwa sieben Wochen später eine Verschmelzung, durch die der Geschäftsanteil an der aus dem vorherigen Vorgang bekannten übernehmenden GmbH auf eine andere Gesellschaft überging. Der Notar erstellte eine neue Gesellschafterliste der GmbH und reichte diese zum Handelsregister ein. Das Registergericht lehnte die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste ab, weil der Notar nur mittelbar mitgewirkt habe. Die Liste sei deshalb nicht von ihm, sondern von den Geschäftsführern der GmbH zu unterzeichnen.

Entscheidung

Das OLG Hamm entschied, der Notar habe zu Recht eine neue Gesellschafterliste nach § 40 II 1 GmbHG eingereicht. Die Änderung in der Person des Gesellschafters aufgrund der Verschmelzung sei eine Änderung, an der ein Notar mitgewirkt habe. Die Mitwirkung erfasse vom Wortlaut her sowohl die unmittelbare als auch mittelbare Beteiligung eines Notars an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung. Dieser Fall sei überdies ein anschauliches Beispiel dafür, was der Gesetzgeber mit der Regelung bezwecke: Der mitwirkende Notar soll zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe eine neue Gesellschafterliste einreichen, wenn es infolge seiner Beurkundungstätigkeit zu einer Änderung der Gesellschafter kommt. Dies sei im Interesse aller Beteiligten und sei eine gleich mit zu erledigende Aufgabe.

Praxisfolgen

Die Entscheidung schafft mehr Klarheit bei der Frage, wann ein Notar eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen hat. Im Schrifttum ist umstritten, ob eine mittelbare Mitwirkung bei einer Änderung in der Person des Gesellschafters die Pflicht des beurkundenden Notars auslöst, anstelle der Geschäftsführer eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Die Argumente des OLG Hamm – „Miterledigung“ und das Interesse aller Beteiligten – sind zwar zweifelhaft. Vertretbar ist hingegen, unter „Mitwirkung des Notars“ auch die mittelbare Mitwirkung zu fassen. Der Wortlaut von § 40 II GmbHG gibt in der Tat keine Differenzierung hinsichtlich einer Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit her.

Nach der Entscheidung des OLG Hamm wird ein Notar immer dann eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen haben, wenn er einen Rechtsformwechsel, eine Spaltung oder eine Verschmelzung beurkundet und dabei GmbH-Anteile übergehen oder im Fall des Rechtsformwechsels sich die Firma des Gesellschafters ändert. Das bedeutet für Notare eine zum Teil umfangreiche weitere Tätigkeit. Notare werden demnächst sämtliche Beteiligungen an einer GmbH von einem sich umwandelnden Rechtsträger erfahren müssen, um sämtliche Gesellschafterlisten infolge einer Umwandlung berichtigen zu können. Das kann gelegentlich zu umfangreichen Recherchen hinsichtlich der verschiedenen Geschäftsanteile, ihren Nummern und der richtigen Gesellschafter führen.

Allerdings sollte die Pflicht des Notars nicht uferlos ausgedehnt werden. Erstens ist diese Pflicht des Notars subsidiär ausgestaltet (vgl. § 40 I GmbHG). Zweitens wird man den von Geschäftsführern eingereichten Gesellschafterlisten nicht grundsätzlich eine seltenere Richtigkeit unterstellen können. So führt das OLG Hamm richtigerweise aus, eine Mitwirkung i. S. v. § 40 II 2 GmbHG liege nicht vor, wenn der Notar lediglich eine Unterschrift beglaubigt.

Das OLG Hamm musste sich leider nicht zur (notariellen) Gesellschafterliste aus dem ersten Vorgang äußern. Ob der Geschäftsführer nach § 52 II UmwG und/oder der Notar diese Gesellschafterliste nach § 40 II GmbHG zum Handelsregister einzureichen hat, ist obergerichtlich nicht geklärt. Aus der Aufnahme dieser Liste durch das Registergericht sollte daher nicht auf die endgültige Richtigkeit dieses Verfahrens geschlossen werden.

*Rechtsanwalt Dr. Martin Flick,
Baker & McKenzie, Frankfurt a. M.* ■

KG: Anfechtbarkeit eines Ausgliederungsbeschlusses wegen ungenügender Auskunftserteilung und Treuwidrigkeit

AktG §§ 243 I, IV, 131 I; UmwG §§ 125, 64 II

1. Werden wesentliche Betriebsteile ausgegliedert und sollen an die Stelle der aus diesen Betriebsteilen erzielten Umsatzerlöse Einnahmen aus der Verpachtung nicht ausgegliederter Vermögensgegenstände treten, sind im Ausgliederungsbericht Angaben zur Höhe der zu erwartenden Pachteinnahmen zu machen; jedenfalls aber ist dem Aktionär in der Hauptversammlung hierüber Auskunft zu erteilen.
2. Es ist als unzulässiger Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht der Gewinnbeteiligung treuwidrig, wenn der Mehrheitsaktionär die Ausgliederung wesentlicher Betriebsteile auf eine gemeinnützige KGaA beschließt, an deren Komplementärin die AG nicht beteiligt ist. (Leitsätze des Verfassers)

KG, Urteil vom 17.09.2009 – 23 U 15/09 (LG Berlin), BeckRS 2009, 88979

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist anhängig beim BGH unter Az. II ZR 253/09.

Sachverhalt

Die beiden Kläger sind mit je ca. 3,2% an einer nicht börsennotierten AG beteiligt; ein dritter Aktionär hält ca. 93,4% der Aktien und gehört zugleich dem Vorstand an. Mit ihrer Anfechtungsklage greifen die Kläger einen mit den Stimmen des Mehrheitsaktionärs gefassten Hauptversammlungsbeschluss an, mit dem wesentliche Betriebsteile des Unternehmens der AG auf eine neu zu gründende gemeinnützige GmbH & Co. KGaA ausgegliedert werden sollen. Als deren einzige Kommanditaktionärin ist die AG vorgesehen. Alleingesellschafter der – am Vermögen und Gewinn der KGaA nicht beteiligten – Komplementärin ist jedoch der Mehrheitsaktionär persönlich. Statt aus ihrem bisherigen Geschäft soll die AG ihre Erlöse künftig aus der Verpachtung ihr verbleibender Vermögensgegenstände an die neue GmbH & Co. KGaA erwirtschaften. Über die geplanten Pachtverträge enthält der Spaltungsplan keine näheren Angaben. Den Klägern wurde in der HV auf Nachfrage lediglich die Auskunft gegeben, die Pachtverträge seien „marktüblich“.

Das LG Berlin hat die Klage als unbegründet abgewiesen.

Entscheidung

Die Berufung war erfolgreich. Das KG hat den angefochtenen Beschluss für nichtig erklärt. In der Sache hielt das KG zwei Anfechtungsgründe für gegeben.

Zum ersten seien die Informationsrechte der Kläger verletzt worden. Da die Ausgliederung die AG ihrer

wesentlichen Einnahmequellen „beraube“, komme es bei der Beurteilung des Ausgliederungsplans für die Aktionäre entscheidend darauf an, Näheres über die Höhe der zu erwartenden Pachteinnahmen zu erfahren. Der bloße Hinweis auf marktübliche Konditionen reiche nicht aus, zumal völlig unklar sei, welche Vorstellungen der Vorstand von einem marktüblichen Pachtzins habe. Richtigerweise hätte eine Prognose zu den Pachteinnahmen bereits im Ausgliederungsbericht enthalten sein müssen.

Zum zweiten sei der Beschluss auch wegen treupflichtwidriger Ausübung der Mehrheitsmacht anfechtbar. Den Klägern würde im Ergebnis ihr Mitgliedschaftsrecht auf Gewinnbeteiligung entzogen, da die gemeinnützige KGaA keine Gewinne ausschütten könne. Auch könnten die Kläger nicht an einem künftigen Wertzuwachs der ausgegliederten Betriebsteile teilhaben, weil mangels entsprechenden Marktes eine gewinnbringende Veräußerung der Kommanditaktien einer gemeinnützigen KGaA nicht möglich sei. Dabei beruft sich das KG auch darauf, der von der beklagten AG selbst beauftragte Fachberater habe in einem einschlägigen Zeitschriftenbeitrag geäußert, solche Kommanditaktien seien wirtschaftlich wertlos und allenfalls die Beteiligung an der Komplementärgesellschaft verkörpere einen wirtschaftlichen Wert.

Praxisfolgen

Das Urteil des KG überzeugt rechtlich in jeder Hinsicht und zeigt, dass auch einem hoch beteiligten Mehrheitsaktionär Grenzen bei der Ausübung seiner Rechte gesetzt sind. Betrachtet man den Sachverhalt, ist es fast überraschend, dass das LG noch gegenteilig entschieden hatte.

Für die Praxis ergeben sich vor allem zwei Aspekte: Bei Gesellschaften mit ähnlicher Aktionärsstruktur kann auch der dominierende Aktionär (oder eine dominierende Aktionärsgruppe) nicht schrankenlos alles durchsetzen, was formalgesetzlich – wie hier die Ausgliederung – scheinbar möglich ist. Und für alle Aktiengesellschaften gilt, dass bei Strukturmaßnahmen in den vorgeschriebenen Berichten aussagekräftige Angaben darüber enthalten sein müssen, wie sich die jeweilige Maßnahme wirtschaftlich auf die AG auswirkt. Diesem Maßstab wurde im besprochenen Fall der schlichte Hinweis an die Minderheitsaktionäre, die Pachtverträge würden „marktüblich“ sein, offenkundig nicht gerecht.

*Rechtsanwalt Dr. Norbert Bröcker,
Hoffmann Liebs Fritsch & Partner, Düsseldorf* ■

Bank- und Kapitalmarktrecht

EuGH: Wertpapierhandel mit Insiderwissen „impliziert“ dessen Nutzung

Richtlinie 2003/6/EG Art. 2 I (Marktmissbrauchsrichtlinie)

Die Tatsache, dass Insider in Kenntnis einer Insiderinformation Insiderpapiere erwerben oder veräußern oder dies versuchen, impliziert die widerlegliche Vermutung, dass die Insiderinformation „genutzt“ wird i. S. v. Art. 2 I Richtlinie 2003/6/EG. Die Frage, ob ein Verstoß gegen das Insiderhandelsverbot vorliegt, ist zusätzlich im Licht der Zielsetzung der Richtlinie zu prüfen, die Integrität der Finanzmärkte zu schützen und das Vertrauen der Investoren zu stärken, das insbesondere auf der Gewissheit beruht, dass sie einander gleichgestellt und gegen die unrechtmäßige Verwendung einer Insiderinformation geschützt sind. (Gekürzter Leitsatz 1 des Gerichts)

EuGH, Urteil vom 23.12.2009 – C-45/08, BeckRS 2009, 71428

Vorabentscheidungsersuchen des Hof van beroep te Brussel (Belgien)

Problem

Auf Vorlage eines belgischen Gerichts hatte der EuGH neben anderen Fragen zu beantworten, ob nach Art. 2 I der Marktmissbrauchsrichtlinie (Richtlinie 2003/6/EG) Insiderhandel schon bei bloßer Kenntnis von Insiderinformationen vorliegt oder ob zusätzlich eine Nutzung der Insiderinformation erforderlich ist. Da sich der Handel in Kenntnis einer Insiderinformation von deren Nutzung danach unterscheidet, ob der Insider nur schlicht einen Informationsvorsprung hat oder ob er durch diesen auch motiviert wird, ging es also letztlich um die Frage, ob Verstöße gegen das Insiderhandelsverbot als subjektives Element einen entsprechenden Nutzungswillen voraussetzen. Hintergrund war ein Aktienrückkaufprogramm einer belgischen Emittentin, deren Vorstand die Bedingungen des Aktienrückkaufs nach Eintritt von Insiderinformationen, aber vor deren Veröffentlichung, geändert hatte. Gegen die darauf verhängten Sanktionen der belgischen Finanzaufsicht versuchten sich die Beschuldigten mit dem Einwand zu verteidigen, ihnen sei nicht nachgewiesen worden, dass sie die Insiderinformationen genutzt hätten.

Entscheidung

Der EuGH stellt fest, dass Insiderhandel sowohl die Kenntnis von Insiderinformationen als auch deren Nutzung voraussetzt. Aus Gründen der effektiven Verfolgung von Insiderverstößen „impliziert“ im Normalfall der Handel in Kenntnis von Insiderinformationen allerdings deren Nutzung, und zwar im Sinne einer widerleglichen Vermutung. Zusätzlich sei aber erforderlich, dass die fragliche Transaktion der Zielsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie, also der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte durch Schutz des Anlegervertrauens in die dortigen Abläufe, widerspre-

che. Deshalb blieben insbesondere öffentliche Übernahmen und die Umsetzung eines eigenen Erwerbsschlusses unberührt.

Praxisfolgen

Insiderhandel erfordert, dass Insiderwissen tatsächlich genutzt (in Deutschland gemäß § 14 I Nr. 1 WpHG „verwendet“) wird. Das ergibt sich bereits aus Art. 2 I 1 der Marktmissbrauchsrichtlinie. Neu ist, dass der Nutzungswille im Regelfall widerleglich zu vermuten sein soll. Auch das ist aus deutscher Sicht nicht wirklich überraschend, weil Insiderinformationen gemäß § 13 I 2 WpHG ohnehin nur solche Informationen sind, die ein „verständiger Anleger bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde“. Und auch Insidern wird grundsätzlich unterstellt werden können, verständlich zu handeln. Dies kann in Deutschland wegen der im Strafprozess geltenden Unschuldsvermutung aber nicht als widerlegliche Vermutung angesehen werden, sondern als Erfahrungssatz.

Durch das zusätzliche Kriterium, dass Insiderhandel der Zielsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie widersprechen muss, bestätigt der EuGH weitgehend die hergebrachten Abläufe bei M&A-Transaktionen. Unbeanstandet bleiben neben öffentlichen Übernahmen und der Umsetzung eigener Erwerbsschlüsse auch der Pakethandel außerhalb der Börse („face to face“) bei Informationsgleichgewicht unter den Parteien, z. B. nach Durchführung einer Due Diligence. Dies gilt auch für zur Insiderinformation gegenläufige Geschäfte, etwa Käufe bei zu erwartendem Kursverfall. Leider äußert sich der EuGH nicht zur sog. „Masterplan-Theorie“, nach der dort kein Insiderhandel vorliegt, wo ein ohne Insiderwissen gefasster Transaktionsentschluss nach Kenntniserlangung von Insiderinformationen umgesetzt wird, sofern der ursprüngliche Entschluss nicht modifiziert wird. Zwar wäre gegen diese Theorie der Einwand denkbar, auch bei unveränderter Durchführung des „Masterplans“ werde späteres Insiderwissen insoweit genutzt, als die Planumsetzung nicht abgebrochen wird (was bei Hinzutreten negativer Insiderinformationen ja durchaus in Betracht käme), sodass die Nutzung in der Fortsetzung des „Masterplans“ gesehen werden könnte. Die Entscheidung des EuGH fußt jedoch auf der Erwägung, Insiderinformationen müssten „integraler Bestandteil“ des Entscheidungsprozesses sein. Ist der Entscheidungsprozess bereits abgeschlossen, kann später hinzutretendes Insiderwissen nicht mehr in ihn einfließen.

Rechtsanwalt Dr. Stefan Widder, LL. M. (Stellenbosch), Latham & Watkins LLP, und Dr. Dorothea Bedkowski, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, beide Hamburg

BGH: Betrügerischer Geschäftsführer reduziert Haftung des Abschlussprüfers erheblich

WPO a.F. § 51 a; BGB §§ 254 I, 31

1. Der als Jahresabschlussprüfer tätige Wirtschaftsprüfer unterliegt nicht der für Architekten sowie Rechtsanwälte und Steuerberater entwickelten Sekundärhaftung.
2. Der Jahresabschlussprüfer, der von ihm geprüften Gesellschaft wegen Pflichtverletzungen bei der Prüfung zum Schadensersatz verpflichtet ist, kann ihr die Mitverursachung des entstandenen Schadens durch ihren Geschäftsführer grundsätzlich gemäß § 254 I, § 31 BGB analog entgegenhalten.
3. Bei der Abwägung sind auch solche Verursachungsbeiträge des Geschäftsführers zu berücksichtigen, die vor der Prüfung des Jahresabschlusses liegen. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urteil vom 10.12.2009 – VII ZR 42/08
(OLG Stuttgart), BeckRS 2010, 00632

Sachverhalt

Die Klägerin, eine Kommanditgesellschaft, an der über eine Treuhandgesellschaft ca. 300 Kapitalanleger als Kommanditisten beteiligt sind, verlangt von der beklagten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Schadensersatz wegen der Verletzung von Abschlussprüferpflichten in den Jahren 1992 bis 2002 (bis 1999 freiwillige Prüfung, sodann Pflichtprüfung). Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH veranlasste in den Jahren 1992 bis 1997 über seine monatlichen Gehaltszahlungen hinaus zusätzliche Auszahlungen an sich und tätigte weitere finanzielle Unregelmäßigkeiten zu seinen Gunsten. Die Beklagte erhielt die von ihr erbetenen Bankbestätigungen entgegen WFA 1/1988 bzw. IDW PS 302 nicht vollständig.

Entscheidung

Der BGH befasst sich in dieser Entscheidung mit zwei für die Haftung des Abschlussprüfers wesentlichen Fragestellungen:

Zunächst grenzt der BGH seine Rechtsprechung zur Sekundärhaftung zulasten von Architekten, Rechtsanwälten und Steuerberatern von derjenigen für Wirtschaftsprüfer ab. Bei Letzteren fehle es von vornherein an einer tragfähigen Grundlage für die Sekundärhaftung, sodass eine solche nicht in Betracht komme.

Sodann nimmt der BGH zur Verteilung des noch nicht verjährten Schadens gemäß § 254 BGB auf beide Parteien des Rechtsstreits Stellung. Die Handlungen des Geschäftsführers werden analog § 31 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit der zu prüfenden Gesellschaft zugerechnet. Dies gelte nicht nur für Handlungen während der Jahresabschlussprüfung, sondern auch für das Verhalten des Geschäftsführers für Zeiträume, welche vor der Prüfung lagen. Die vom OLG vorgenommene Schadensteilung mit $\frac{2}{3}$ zulasten des zu prüfenden Unternehmens, $\frac{1}{3}$ zulasten des Wirtschaftsprüfers, wird vom BGH für angemessen erachtet.

Praxisfolgen

Die beiden in dieser Grundsatzentscheidung geklärten Fragen sind für die jüngst immer mehr ins Zentrum der Rechtsprechung gerückte Haftung des Jahresabschlussprüfers von erheblicher Bedeutung (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, GWR 2009, 428 [Zoller]). Die Grundsätze der Sekundärhaftung, mithin die Verpflichtung zu prüfen, ob dem Auftraggeber durch einen eigenen Fehler ein Schaden zugefügt wurde, gelten zwar für Architekten, Rechtsanwälte und Steuerberater, nicht aber für Wirtschaftsprüfer. Eine vorsätzliche Täuschung durch den Geschäftsführer eines zu prüfenden Unternehmens (bzw. der Geschäftsführungsgesellschaft) fällt vollumfänglich zulasten des Unternehmens ins Gewicht.

Beide Ansatzpunkte sind im Interesse einer angemessenen Verteilung des Haftungsrisikos zu begrüßen. Dass der BGH (ebenso wie das OLG) nicht zu einer vollständigen Haftbefreiung des Abschlussprüfers tendiert, beruht auf den Umständen des dortigen Einzelfalles, da Verdachtsmomente vorhanden gewesen seien, die sich dem Prüfer hätten aufdrängen müssen. Auch wenn es vorrangig Aufgabe des Abschlussprüfers sei, Fehler in der Rechnungslegung des Unternehmens aufzudecken und den daraus drohenden Schaden von diesem abzuwenden, ist laut BGH bei vorsätzlicher Irreführung des Prüfers ein vollständiger Ausschluss der Ersatzpflicht durchaus möglich. Dies gilt unterschiedslos sowohl für freiwillige, als auch für Pflichtprüfungen.

Rechtsanwalt Dr. Michael Zoller,
Wirsing Hass Meinhold, München

BGH: Haftung wegen fehlerhafter Mittelverwendungskontrolle

BGB §§ 309 Nr. 7b, 280, 328

1. Der im Emissionsprospekt einer Fondsgesellschaft abgedruckte Mittelverwendungskontrollvertrag, der als ein dem Schutz der Anleger dienender Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet ist, unterliegt auch dann der Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn er zwischen der Fondsgesellschaft (Versprechensempfänger) und dem als Mittelverwendungskontrolleur eingesetzten Wirtschaftsprüfer (Versprechender) individuell ausgehandelt wurde. (Leitsatz des Gerichts zu Az. III ZR 108/08)
2. Zur Haftung des in einem Kapitalanlagemodell eingesetzten Mittelverwendungskontrolleurs, der es unterlässt, vor Aufnahme der Tätigkeit der Fondsgesellschaft sicherzustellen, dass die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Verwendungskontrolle vorliegen. (Leitsatz des Gerichts zu Az. III ZR 109/08)

BGH, Urteil vom 19.11.2009 – III ZR 108/08 (OLG München), BeckRS 2009, 88186

BGH, Urteil vom 19.11.2009 – III ZR 109/08 (OLG München), BeckRS 2009, 88187

Sachverhalt

Die Kläger in den beiden Verfahren hatten sich Mitte des Jahres 2004 an der F. Zinsfonds GbR beteiligt. In dem von der Fondsgesellschaft herausgegebenen Emissionsprospekt ist der zwischen der Fondsgesellschaft und dem beklagten Wirtschaftsprüfer abgeschlossene Mittelverwendungskontrollvertrag (MVKV) abgedruckt. Dieser sah vor, dass die Fondsgesellschaft ein Sonderkonto einrichtet, über das die Fondsgesellschaft nur gemeinsam mit dem beklagten Wirtschaftsprüfer als Mittelverwendungskontrolleur verfügen kann.

Der MVKV wurde ausdrücklich als „*Vertrag zugunsten Dritter und zwar zugunsten aller Gesellschafter abgeschlossen. Die Gesellschafter können aus diesem Vertrag eigene Rechte herleiten.*“ Mögliche Schadensersatzansprüche gegen den Wirtschaftsprüfer wurden in dem Vertrag auf die Fälle beschränkt, „*wenn die Fondsgesellschaft oder die Gesellschafter nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen.*“

Entgegen der Vorgabe des MVKV waren die geschäftsführenden Gesellschafter der Fondsgesellschaft für das Sonderkonto einzeln zeichnungsbefugt. Erst im Dezember 2004, nachdem der Fonds bereits über Monate lief, wurde dies dahingehend korrigiert, dass die Geschäftsführer nur gemeinsam mit dem beklagten Wirtschaftsprüfer über das Konto verfügen konnten.

Entscheidung

Mit dem Urteil III ZR 108/08 hat der BGH entschieden, dass im Verhältnis zum Anleger als Drittbegünstigtem eine AGB-Prüfung erfolgen kann, auch wenn der MVKV zwischen den Vertragsparteien individuell aus-

gehandelt wurde. Die Interessenlage der Anleger, die im Vertrauen auf den MVKV beitreten, gebietet eine entsprechende Inhaltskontrolle. Da die Haftungsbeschränkung im MVKV auch Fälle grob fahrlässiger Pflichtverletzungen erfasst, liegt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 7b BGB vor.

In dem sich anschließenden Urteil III ZR 109/08 stellt der BGH dann fest, dass der beklagte Wirtschaftsprüfer auch ohne unmittelbaren Kontakt zum Anleger anlässlich der Zeichnung allein wegen einer fehlerhaften Mittelverwendungskontrolle für den vollen Zeichnungsschaden des Klägers haften kann.

Zwar kommt laut BGH keine Prospekthaftung, sehr wohl jedoch eine Haftung wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten in Betracht. Der BGH differenziert hier zwischen zwei Pflichtverletzungen. Der Beklagte hatte es zunächst versäumt zu prüfen, ob die Voraussetzungen des MVKV gewährleistet waren und damit das prospektierte Anlagemodell „einsatzbereit“ war. Er hätte dann, nach Feststellung einer nicht ordnungsgemäßen Umsetzung, darauf hinwirken müssen, dass der Prospekt geändert wird bzw. – soweit möglich – die Anleger vor Beitritt über die Einzelzeichnungsbefugnis und damit einhergehende Gefahr einer missbräuchlichen Mittelverwendung durch die Geschäftsführung informiert werden.

Praxisfolgen

Auch individualvertraglich ausgehandelte Haftungsbeschränkungen sind auf die Fälle einfacher Fahrlässigkeit zu begrenzen, soweit potenzielle Anleger den Vertrag zur Grundlage ihrer Anlageentscheidung machen (sollen) und hieraus unter Umständen Rechte ableiten können. Eine Übertragbarkeit dieser anlegerfreundlichen Rechtsprechung auf weitere Vertragstypen, etwa Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, steht im Raum.

Zentrale Aussage beider Entscheidungen – die erste bereitet nur den Weg für die zweite – ist jedoch, dass der Mittelverwendungskontrolleur auch ohne unmittelbaren Kontakt zum Anleger (etwa aufgrund Treuhandeltätigkeit) vorvertraglichen Aufklärungspflichten unterliegen kann. Dies bedeutet einen Anspruch der Anleger auf den vollen Zeichnungsschaden, während die „bloße“ Schlechterfüllung des MVKV nur den Ersatz des kausal verursachten Schadens beim einzelnen Anleger rechtfertigen könnte. Die Haftungsrisiken für an einem Anlagemodell beteiligte Sachkenner, insbesondere Wirtschaftsprüfer als Treuhänder, Prospektprüfer oder Mittelverwendungskontrolleure, nehmen also weiter zu. Nach den jüngsten Entscheidungen gilt: Eine Aufgabekumulation erhöht das Haftungsrisiko, während eine niedrige Vergütung nicht davor schützt.

Rechtsanwalt Dr. Bastian Aurich, LL. M. (UT Austin),
Wirsing Hass Meinhold, München

BGH: Verjährung des Befreiungsanspruchs eines Treuhänders

BGB §§ 195, 199, 257

Der Beginn der Verjährung des Befreiungsanspruchs vor der Fälligkeit des Drittanspruchs führt zu unbilligen Ergebnissen. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Urteil vom 12.11.2009 – III ZR 113/09 (KG), BeckRS 2009, 88690

Sachverhalt

Die Klägerin hatte den Gesellschaftern eines geschlossenen Immobilienfonds 1984 Darlehen gewährt, die sechzehn Jahre zins- und tilgungsfrei waren. Einer der Darlehensnehmer war eine Treuhänderin, die mit ihren Treugebern vertraglich vereinbart hatte, dass sie den Treuhandvertrag nur aus wichtigem Grund kündigen konnte. Für diesen Fall waren die Treugeber verpflichtet, die Treuhänderin von den Verbindlichkeiten, die sie in Ausführung des Treuhandvertrages eingegangen war, zu befreien. Als die Darlehen Not leidend wurden, kündigte die Treuhänderin am 17.12.2004 den Treuhandvertrag aus wichtigem Grund. Am 20.12.2007 trat sie ihre gegen die Treugeber bestehenden Freistellungsansprüche an die Klägerin ab. Am 28.12.2007 reichte die Klägerin eine Klage gegen einen ehemaligen Treugeber ein, der gegen den geltend gemachten Freistellungsanspruch die Einrede der Verjährung erhob.

Entscheidung

Der BGH hielt den geltend gemachten Freistellungsanspruch für verjährt. Der gesetzliche Aufwendungsersatzanspruch des § 670 BGB werde durch § 257 BGB dahingehend erweitert, dass dann, wenn die Aufwendung in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht, der Ersatzberechtigte Befreiung von der übernommenen Pflicht verlangen könne. Nach allgemeiner Meinung werde der Befreiungsanspruch nach § 257 S. 1 BGB sofort mit der Eingehung der Verbindlichkeit fällig, selbst wenn die Verbindlichkeit selbst noch nicht fällig ist. Die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist von drei Jahren auf den Befreiungsanspruch aus § 257 S. 1 BGB erscheine unbillig, wenn der Ersatzberechtigte seinen Befreiungsanspruch schon zu einem Zeitpunkt verliert, zu dem die Drittforderung noch nicht fällig ist. Zum anderen sei es nicht folgerichtig, wenn der Ersatzberechtigte, sofern er die Drittforderung befriedige, immer noch Aufwendungsersatz verlangen könne, während ihm der Weg über die Befreiung von der Drittforderung wegen der möglicherweise bereits eingetretenen Verjährung verbaut sei. Für den Befreiungsschuldner schließlich sei es nicht einsichtig, wenn er sich bereits lange Zeit vor Fälligkeit der Drittforderung ohne wirtschaftliche Notwendigkeit dem Freistellungsanspruch ausgesetzt sehe, den der Ersatzberechtigte nur mit Blick

auf die drohende Verjährung des Freistellungsanspruchs erheben würde. Der BGH konnte die Frage, ob für den Beginn der Verjährung von Freistellungsansprüchen nicht auf deren Fälligkeit, sondern auf die Fälligkeit der Drittforderungen abzustellen ist, von denen zu befreien ist, dahinstehen lassen, weil die Befreiungsansprüche der Treuhänderin vertraglich besonders geregelt waren. Die vom BGH vorgenommene Auslegung des Treuhandvertrages ergab, dass die (vertraglichen) Freistellungsansprüche erst zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung, also am 17.12.2004 entstehen und entsprechend erst von diesem Zeitpunkt an fällig werden sollten. Ferner umfasse der Freistellungsanspruch die Drittforderung (Darlehensraten) insgesamt und nicht nur die bereits fälligen Teile der Drittforderung, denn aufgrund der Kündigung entsprach es dem Willen der Vertragsparteien, ihre Geschäftsbeziehung zeitnah vollständig abzuwickeln. Obwohl die Klage am 28.12.2007, also vor Ablauf von drei Jahren ab dem 17.12.2004 eingereicht worden war, hielt der BGH die Ansprüche für verjährt, weil sie aus Gründen, die die Klägerin zu vertreten hatte, erst am 23.02.2008 zugestellt wurde. Die Zustellung habe deshalb nicht gemäß § 167 ZPO auf den 28.12.2007 zurückgewirkt.

Praxisfolgen

Der BGH hat die Frage, ob die Verjährung gesetzlicher Freistellungsansprüche mit ihrer Fälligkeit oder mit der Fälligkeit der Drittforderung beginnt, offen gelassen. Zum früheren Verjährungsrecht hatte der BGH entschieden, dass der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit nicht der für den Auslagenersatzanspruch gemäß § 670 BGB geltenden kurzen Verjährungsfrist von zwei Jahren gemäß § 196 I Nr. 1 BGB a.F. unterliegt, sondern der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren (BGH, NJW 1983, 1729). Angesichts der intensiven Auseinandersetzung mit den unbefriedigenden und auch unbilligen Ergebnissen einer strikten Anwendung des § 199 BGB auf den gesetzlichen Freistellungsanspruch und seines Hinweises auf seine Rechtsprechung zur Verjährung vor dem SMG scheint es, dass der III. Zivilsenat dazu tendiert, die Verjährung erst mit Fälligkeit der Drittforderung beginnen zu lassen. Soweit ersichtlich ist diese Frage in der Literatur noch nicht aufgegriffen worden (vgl. Krüger, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2006, § 257 Rn. 7; Bittner, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 257 Rn. 20).

*Rechtsanwalt Dr. Henning Krauss, LL. M. (Duke),
Weitnauer Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer
Steuerberater, München*

OLG Brandenburg: Einwendungsdurchgriff bei kreditfinanziertem Erwerb einer Anlagebeteiligung nur bei arglistiger Täuschung

BGB § 705; VerbrKrG § 9 a.F.

Der Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 III VerbrKrG (vgl. § 359 BGB in der ab 01.01.2002 geltenden Fassung) findet auf den kreditfinanzierten Erwerb einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft entsprechende Anwendung. Wenn der Vertrag über den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung mit dem zur Finanzierung der Einlage geschlossenen Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft bildet, kann nur der unter einer arglistigen Täuschung zum Gesellschaftsbeitritt veranlasste Anleger sein Recht, jederzeit fristlos unter Forderung des ihm nach den Regeln des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts zustehenden Abfindungsguthabens aus der Anlagegesellschaft auszuschneiden, auch dem Rückzahlungsanspruch des Kreditinstituts entgegenhalten. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Brandenburg, Urteil vom 02.12.2009 – 4 U 28/09 (LG Frankfurt), BeckRS 2010, 00300

Die Revision ist anhängig beim BGH unter Az. XI ZR 373/09.

Sachverhalt

Die klagende Bank hatte beantragt festzustellen, dass ein zwischen den Parteien geschlossener Darlehensvertrag wirksam ist und dem Beklagten keine Einreden und Einwendungen gegen die Ansprüche aus dem Darlehensvertrag zustehen; die Klägerin hatte dem Beklagten das Darlehen zur Finanzierung des Erwerbs eines Geschäftsanteils an einer Anlagegesellschaft gewährt.

Der Beklagte hat sich insbesondere mit einer Einwendung gemäß § 9 III VerbrKrG verteidigt: Der Vermittler der Kapitalanlage habe ihn fahrlässig über wesentliche Eigenschaften dieser Anlage getäuscht; ihm stehe daher ein Kündigungsrecht gegenüber der Fondsgesellschaft zu, mit der Folge, dass er gegenüber der Klägerin eine durchgriffsfähige Einwendung im Umfang eines gegenüber der Anlagegesellschaft bestehenden Abfindungsanspruchs geltend machen könne.

Entscheidung

Nach Ansicht des OLG Brandenburg steht dem Beklagten kein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 9 III VerbrKrG zu. Ein Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 III VerbrKrG komme nur in Betracht bei einer arglistigen Täuschung durch einen Vermittler über die Risiken eines Beitritts zu einer Fondsgesellschaft, d.h. nur bei einem vorsätzlichen Aufklärungsverschulden des Vermittlers. Bei einer lediglich fahrlässigen Verletzung von Aufklärungspflichten über die Risiken des Beitritts zu einer Fondsgesellschaft könne der betreffende Anleger den Gesellschaftsvertrag nicht kündigen und sich daher

auch nicht auf einen entsprechenden Einwendungsdurchgriff berufen. Im Hinblick auf die abweichende Auffassung des OLG Stuttgart (BeckRS 2008, 15564) hat das OLG Brandenburg die Revision zugelassen.

Praxisfolgen

Ein Anleger kann die Rückzahlung des Kredits der die Fondsbeteiligung finanzierenden Bank gemäß § 9 III 1 VerbrKrG/§ 359 S. 1 BGB nur verweigern, sofern er im Fall einer arglistigen Täuschung die in Vollzug gesetzte Gesellschaft außerordentlich fristlos mit Wirkung *ex nunc* kündigen kann (Nobbe, WM Sonderbeil. Nr. 1 zu Heft 47/2007, S. 1, 33; a.A. auch bei Fahrlässigkeit Strohn, WM 2005, 1441, 1444); das Leistungsverweigerungsrecht des Anlegers besteht dann in Höhe des ihm gegen die Fondsgesellschaft zustehenden Abfindungsanspruchs. Zwar ist die Leitentscheidung des II. Zivilsenats nicht ganz eindeutig, weil sie zunächst an die „Verletzung einer Aufklärungspflicht“ anknüpft (NZG 2003, 917, 919 sub. 2. c), cc)), später aber maßgeblich auf die arglistige Täuschung des Anlegers abstellt (NZG 2003, 917, 919 sub. 2. e)). Bei einer fahrlässigen Aufklärungspflichtverletzung haftet aber nicht die Gesellschaft, sondern allein der Anlagevermittler persönlich. Erst im Falle einer arglistigen Täuschung besteht ein wichtiger Grund (vgl. §§ 133 I und II HGB), der den Anleger berechtigt, die Gesellschaft fristlos zu kündigen (st. Rspr. BGHZ 63, 338 = NJW 1975, 1022; siehe Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, Anh § 177a Rn. 58 m.w.N. aus der Rspr.). Nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft ist auch bei einem durch arglistige Täuschung verursachten Gesellschaftsbeitritt dieser – wenn er in Vollzug gesetzt worden ist – zunächst wirksam. Ein kündigender Gesellschafter kann daher im Rahmen der Abwicklung nicht die von ihm geleistete Einlage zurückfordern, sondern allein die Auszahlung des ihm zustehenden Abfindungsguthabens. Dessen Höhe bemisst sich nach dem Wert der Beteiligung im Kündigungszeitpunkt, da der Anleger an den bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft im Verhältnis seiner Beteiligung teilnimmt (BGH, NZG 2003, 917, 919).

Für die arglistige Täuschung durch den Vermittler ist der Anleger darlegungs- und beweislaspflichtig. Die kreditgebende Bank kann diese mit Nichtwissen (§ 138 IV ZPO) bestreiten (BGH, NJW-RR 2007, 1202, 1204; Nobbe, WM Sonderbeil. Nr. 1 zu Heft 47/2007, S. 1, 33).

*Rechtsanwalt Dr. Eckart Gottschalk, LL. M. (Berkeley),
CMS Hasche Sigle, Hamburg* ■

LG München I: Abgestimmtes Verhalten i.S.d. § 22 II WpHG erfordert einen unmittelbaren Bezug zum Emittenten

AktG §§ 293 a, 305 V 1, 123 II 3; WpHG § 22 II

§ 22 II WpHG erfasst nur Abstimmungsverhalten zwischen einem Mitteilungspflichtigen und einem Dritten, das einen unmittelbaren gesellschaftsrechtlichen Bezug zum Emittenten hat. Eine lediglich durch eine Zwischengesellschaft vermittelte Einflussmöglichkeit auf den Emittenten reicht nicht. (Leitsatz der Verfasser)

LG München I, Urteil vom 04.06.2009 – 5HK O 591/09, BeckRS 2009, 23099

Sachverhalt

Verschiedene Aktionäre griffen den Hauptversammlungsbeschluss der börsennotierten Tochter-AG zum Abschluss eines Unternehmensvertrags mit der Mutter-GmbH an. Die Kläger trugen dabei u.a. vor, dass die Mutter-GmbH bei der Beschlussfassung in der Hauptversammlung der Tochter-AG ihre Stimmrechte nicht habe ausüben können, da sie ihre Mitteilungspflicht nach den §§ 21 f. WpHG nicht ordnungsgemäß erfüllt habe und deswegen nach § 28 WpHG einem (temporären) Rechtsverlust unterlegen sei. Die Anteile an der Tochter-AG hatte die Mutter-GmbH im Rahmen eines vorangegangenen Übernahmeangebots erworben. Die Mutter-GmbH, die zuvor zu diesem Zweck gegründet worden war, wird wiederum selbst über eine Zwischengesellschaft von mehreren Investoren gehalten. Eine Mitteilung über eine Stimmrechtszurechnung nach § 22 II WpHG war jedoch unterblieben.

Entscheidung

Die Kläger hatten mit keinem der geltend gemachten potenziellen Anfechtungsgründe Erfolg. Insbesondere sah das Gericht in der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsstruktur keinen Anwendungsfall von § 22 II WpHG, wonach dem Meldepflichtigen auch Stimmrechte eines Dritten aus Aktien des Emittenten in voller Höhe zugerechnet werden, mit dem der Meldepflichtige oder sein Tochterunternehmen sein Verhalten in Bezug auf den Emittenten abstimmt. Die Mitglieder der verschiedenen Investorengruppen konnten sich aufgrund der Zwischenschaltung einer weiteren Gesellschaft ausschließlich in Bezug auf ihr Verhalten in der Gesellschafterversammlung dieser Gesellschaft abstimmen. Dies genüge jedoch nicht für ein abgestimmtes Verhalten, da dies einen unmittelbaren gesellschaftsrechtlichen Bezug zum Emittenten haben müsse. Wie eine Zwischenholding ihr Stimmrecht ausübt, sei jedoch gerade erst Ergebnis einer Beschlussfassung in deren Gesellschafterversammlung. § 22 II WpHG könne darüber hinaus auch nicht als allgemeiner Auffang-

tatbestand verstanden werden, sondern beinhalte einen klar umrissenen Tatbestand, der im Kern Stimmrechtsbindungen zwischen Gesellschaftern des Emittenten, nicht jedoch auf übergeordneten Ebenen erfassen solle.

Praxisfolgen

Die Rüge eines (angeblichen) Verstoßes gegen die Mitteilungspflichten nach dem WpHG gehört zum Standardrepertoire von Anfechtungsklägern. Hierauf müssen sich Emittenten einstellen, wenn sie ihrer Hauptversammlung eine potenziell anfechtungsgefährdete Strukturmaßnahme zur Entscheidung vorlegen. Vor dem Hintergrund der einschneidenden (und durch das Risikobegrenzungs-gesetz noch einmal verschärften) Rechtsfolge des § 28 WpHG ist es deswegen unabdingbar, im Vorfeld zu überprüfen, ob sämtliche Mitteilungspflichten ordnungsgemäß erfüllt worden sind. Ist dies nicht der Fall, sind mit entsprechendem zeitlichen Vorlauf Korrekturmitteilungen vorzunehmen.

Dass das Gericht vor dem Hintergrund dieser hohen Praxisrelevanz zur Klärung des Verständnisses von § 22 II WpHG beigetragen hat, ist zu begrüßen. Gerade Beteiligungsstrukturen wie im vorliegend entschiedenen Fall, die häufig bei Investments von Private Equity Investoren anzutreffen sind, führen in der Praxis immer wieder zu Auslegungsschwierigkeiten. Auch der Emittentenleitfaden, der sich in seiner Neufassung erstmals zu den kapitalmarktrechtlichen Mitteilungspflichten äußert (vgl. dazu Nikoleyczik, GWR 2009, 264, 265 f.), gibt hier oftmals keine klare Linie vor. In der Sache wird man jedoch vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlauts von § 22 II WpHG kaum eine von der Entscheidung des Gerichts abweichende Ansicht vertreten können, da sich das von § 22 II WpHG erfasste Abstimmungsverhalten zwischen Meldepflichtigem und Dritten hiernach auf einen konkreten Emittenten beziehen muss („auf diesen Emittenten“). Sofern die Einwirkung über Beteiligungsrechte auf der Ebene oberhalb des Emittenten erfolgt, liegt deswegen kein Fall von § 22 II WpHG vor. Denkbar ist allerdings, dass eine solche Abstimmung dazu führt, dass die Zwischengesellschaft als gemeinsames Tochterunternehmen aller an ihr beteiligten Gesellschafter anzusehen ist, mit der Folge einer Stimmrechtszurechnung nach § 22 I Nr. 1 WpHG.

Rechtsanwälte Dr. Tobias Nikoleyczik und Dr. Thorsten Führ, LL.M. (Cambridge), beide Milbank Tweed Hadley & McCloy LLP, München ■

Anm. d. Red.: Weiterführende Linkhinweise finden Sie in der Online-Version dieses Beitrags.

VG Münster: Disziplinarrechtliche Risiken für einen Kämmerer wegen des Abschlusses von Zins-Swap-Geschäften

LBG NRW §§ 57, 63

Unterliegt ein Kämmerer – wie viele Kämmerer anderer Kommunen auch – dem Reiz der mit Zins-Swap-Geschäften erhofften Zinseinsparungen bzw. -gewinne und wird er hierbei von einem gleichfalls eher unkritischen Umfeld begleitet, erlangen die ihm vorgehaltenen Verstöße in subjektiver Hinsicht ein wesentlich geringeres Gewicht. (Leitsatz des Verfassers)

VG Münster, Beschluss vom 07.10.2009 – 13 L 376/09, rechtskräftig, BeckRS 2009, 40058

Sachverhalt

Der Antragsteller (A.) steht als Erster Beigeordneter und Kämmerer im Dienst der Antragsgegnerin. Bis zu seiner Abberufung im August 2008 war er auch einziger Geschäftsführer der Wirtschaftsbetriebe M. GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Antragsgegnerin ist.

Zwischen März 2005 und November 2007 unterzeichnete A. – erstmals – fünf sog. Zins-Swap-Verträge für die GmbH. Im Jahresabschluss 2007 musste eine Rückstellung für Drohverluste von 675.000 Euro bilanziert werden. Die Rückstellung beruhte darauf, dass einer der abgeschlossenen Zins-Swaps einen negativen Marktwert in entsprechender Höhe aufwies.

Im August 2008 wurde A. als Geschäftsführer abberufen. Wenig später verbot die Bürgermeisterin ihm die Führung der Dienstgeschäfte. Im Oktober 2008 wurde ein Disziplinarverfahren gegen A. eingeleitet. Im Juli 2009 enthob die Bürgermeisterin A. vorläufig des Dienstes und ordnete die Einbehaltung von 50% der monatlichen Bruttodienstbezüge an. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass A. mit dem Abschluss der Zins-Swap-Verträge gegen das GmbH-Recht und die Regelungen des Gesellschaftsvertrages verstoßen habe. Es könne auch der Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) erfüllt sein.

Entscheidung

Nach Ansicht des VG Münster bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Anordnung. Zwar habe A. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Dienstvergehen begangen, es sei aber nicht feststellbar, dass dies mit ebenfalls überwiegender Wahrscheinlichkeit zu seiner Entfernung aus dem Dienst führen wird.

Die Entfernung eines Beamten aus dem Dienst ist nur dann geboten, wenn dies zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Diensts erforderlich ist. Dies

kommt insbesondere dann in Betracht, wenn das Vertrauensverhältnis durch das Dienstvergehen endgültig zerstört worden ist oder das Dienstvergehen einen so großen Ansehensverlust bewirkt hat, dass eine Weiterverwendung des Beamten die Integrität des Beamtentums unzumutbar belasten würde.

Nach diesen Grundsätzen ist nach Ansicht des VG Münster gegenwärtig nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit der Entfernung von A. aus dem Dienst zu rechnen. Denn zu seinen Gunsten seien gewichtige Umstände in die Bewertung einzustellen. So seien die Swap-Geschäfte sowohl dem Wirtschaftsprüfer als auch dem Gesellschafter bekannt gewesen. Auch die Bürgermeisterin sei über die Aufnahme eines „Schuldenmanagements“ unterrichtet gewesen. Ferner sei keine Verschleierungsabsicht zu erkennen. Schließlich hätten auch die Bankberater nicht auf das kommunalrechtliche Spekulationsverbot oder besondere Genehmigungspflichten hingewiesen. Zusammenfassend sei die unkritische Haltung des A. durch ein „eher unkritisches Umfeld“ begleitet worden.

Praxisfolgen

Praktisch bedeutsam an der (vorläufigen) Entscheidung des VG Münster ist vor allem die Feststellung, dass davon auszugehen ist, dass A. bereits durch den Abschluss der Zins-Swap-Verträge objektiv seine Dienstpflichten verletzt hat. Diese Pflichtverletzung wird für ein mögliches Schadensersatzverfahren gegen A., aber auch für – von verschiedenen Kommunen angestrebte – Zivilverfahren gegen die das Zinsgeschäft vermittelnden Banken bedeutsam sein (vgl. § 254 BGB). Auch für staatsanwaltliche Ermittlungen können entsprechende Feststellungen der Einstieg sein, die einen Anfangsverdacht begründen.

Vorerst nicht entschieden hat das VG Münster die Frage, ob ein Verstoß gegen das kommunalrechtliche Spekulationsverbot gegeben ist. Inwieweit aus den finanzplanerischen und haushaltswirtschaftlichen Grundsätzen der §§ 75 I, 90 II 2 GO NRW – vergleichbare Regelungen finden sich in allen Bundesländern – ein Spekulationsverbot für Kommunen folgt und welche Art von Geschäften von diesem Spekulationsverbot erfasst werden, ist im Einzelnen umstritten. Auch dieser Aspekt wird insbesondere für mögliche Strafverfahren gegen Kämmerer wegen Untreue (§ 266 StGB) von besonderer Bedeutung sein.

*Rechtsanwalt Dr. Carsten Wegner,
Fachanwalt für Strafrecht,
Krause Lammer Wattenberg, Berlin*

Insolvenzrecht

EuGH: Hauptinsolvenzverfahren hat im Geltungsbereich der EuInsVO universale Wirkung

EuInsVO Art. 3, 4, 16, 17, 25

Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren ist so auszulegen, dass in dem Fall der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in einem Mitgliedstaat die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats, in dem kein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden ist, grundsätzlich verpflichtet sind, alle Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Hauptinsolvenzverfahren anzuerkennen und zu vollstrecken. Daher sind sie nicht berechtigt, nach dem Recht des anderen Mitgliedstaats Vollstreckungsmaßnahmen in Bezug auf in diesem Mitgliedstaat befindliche Vermögenswerte des insolventen Schuldners anzuordnen, wenn das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung dies nicht erlaubt. (Gekürzter Leitsatz des Gerichts)

EuGH, Urteil vom 21.01.2010 – C-444/07, BeckRS 2010, 90058

Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku (Polen)

Sachverhalt

Die Gesellschaft MG Probud, ein Bauunternehmen mit Gesellschaftssitz in Polen, führte durch eine Zweigniederlassung Bauarbeiten in Deutschland aus. Am 09.06.2005 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen dieses Unternehmens durch ein polnisches Gericht eröffnet. Trotz der Insolvenzeröffnung wurde auf Antrag des Hauptzollamts Saarbrücken wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz durch den Leiter der deutschen Niederlassung der dingliche Arrest über das Bankguthaben des Unternehmens und die Pfändung verschiedener Forderungen gegen deutsche Vertragspartner angeordnet. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht Saarbrücken mit der Begründung verworfen, dass in Anbetracht des in Polen eröffneten Insolvenzverfahrens zu befürchten sei, dass die fälligen Forderungen eingezogen und nach Polen transferiert werden würden, um sie dem Zugriff der deutschen Behörden zu entziehen.

Entscheidung

Der EuGH sollte daher entscheiden, ob die von den deutschen Behörden vorgenommenen Vollstreckungsmaßnahmen rechtmäßig waren, weil das polnische Insolvenzrecht, das auf dieses Verfahren anwendbar war, solche Pfändungen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr zulässt.

Der EuGH hat erläutert, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in dem Mitgliedstaat, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichlichen Interessen hat (Hauptinsolvenzverfahren) universale Wirkung entfaltet und sich demnach auch auf das Vermögen des Schuldners in allen anderen Mitgliedstaaten, in denen die Verordnung anwendbar ist, erstreckt. Auch das anzuwendende Recht bestimmt sich dann gemäß Art. 4 I der Verordnung nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung. Die Vollstreckung war demnach unzulässig. Die universale Geltung des Hauptinsolvenzverfahrens hätte nur durch die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens beschränkt werden können.

Praxisfolgen

Die Entscheidung des EuGH ist weniger spektakulär als die Tatsache, dass sich der EuGH überhaupt mit dieser Frage beschäftigen musste. Denn die Vorschriften der EuInsVO sind im Hinblick auf die Frage der Anerkennung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in einem Mitgliedstaat und die daraus resultierende Bindung an die Verfahrensvorschriften dieses Staates eindeutig. Zwar kennt die EuInsVO Ausnahmeregelungen, die insbesondere bei Immobilien die Anwendung des Rechts des Belegenheitsortes vorsehen (Art. 8, 14 EuInsVO). Jedoch ist auch dann die Entscheidung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anzuerkennen. Das Urteil des Landgerichts Saarbrücken ist unverstänlich, weil Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach Insolvenzeröffnung auch im deutschen Recht unzulässig sind. Somit hätte selbst die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens, das die universale Wirkung insofern durchbrechen kann, als dann das nationale Verfahrensrecht für das in Deutschland belegene Vermögen anzuwenden wäre, die Unzulässigkeit der Maßnahme bestätigt. Nur dann, wenn Maßnahmen nach dem deutschen Insolvenzrecht zulässig wären, das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung diese Maßnahmen jedoch sanktioniert, besteht die Möglichkeit, sofern nicht ohnehin die Ausnahmeregelungen der Art. 5 ff. EuInsVO greifen, durch die Eröffnung eines Sekundärverfahrens deutsches Verfahrensrecht anzuwenden. Einen Überblick über die verschiedenen Verfahrensvorschriften bieten spezielle Länderberichte wie z.B. in Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 2010.

*Rechtsanwalt Norman Werner,
Nachmann Rechtsanwälte, München*

OLG Koblenz: Konkludente Genehmigung der Lastschrift durch Schuldner verhindert Lastschriftwiderruf durch Insolvenzverwalter

InsO § 21

1. Zur Problematik des Widerrufs von Lastschriftbuchungen innerhalb von sechs Wochen vor Insolvenzantragstellung durch den Insolvenzverwalter und der divergierenden Rechtsprechung des XI. Zivilsenats (Bankensenat) und IX. Zivilsenats (Insolvenzsenat) des BGH. (Leitsatz des Gerichts)
2. Bei Lastschriften aus „wiederkehrenden Dauerschuldverhältnissen“ ist regelmäßig eine konkludente Genehmigung durch den Schuldner anzunehmen, die unter Umständen bereits am Tag der Belastungsbuchung vorliegen kann. Auf diese Weise läuft das nach der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH bestehende Recht des vorläufigen Insolvenzverwalters, pauschal die Genehmigung von Einzugsermächtigungslastschriften zu verweigern, praktisch leer.
3. Kann der Schuldner online auf das Konto zugreifen (Tageskontoauszug) und nimmt er Kontodispositionen vor, so erfolgt dadurch eine Genehmigung der Lastschriften. Eine Genehmigung tritt damit schon vor Zugang des Rechnungsabschlusses ein (entgegen BGH, NJW 2000, 2667). (Leitsätze des Verfassers)

OLG Koblenz, Urteil vom 26.11.2009 – 2 U 1497/08 (LG Mainz), BeckRS 2009, 88050
Die Revision ist anhängig beim BGH unter Az. XI ZR 1/10.

Sachverhalt

Der vorläufige Insolvenzverwalter hatte nach Insolvenzantragstellung (02.11.2007) gegenüber dem beklagten Kreditinstitut am 05.11.2007 mitgeteilt, dass er die Genehmigung von Einzugsermächtigungslastschriften aus den letzten sechs Wochen ablehne. Das Kreditinstitut weigerte sich, die Belastungsbuchungen rückgängig zu machen.

Entscheidung

Das OLG Koblenz hat gemeint, der Schuldner habe vor Insolvenzantragstellung bereits die Lastschriften konkludent genehmigt. Dabei ist hervorzuheben, dass das Gericht auch hinsichtlich der Lastschriften von Ende Oktober und von Anfang November 2007 von einer konkludenten Genehmigung durch den Schuldner ausgeht. Anknüpfungspunkt für diese Argumentation des OLG Koblenz ist die Tatsache, dass das betreffende Konto als Online-Konto auf Guthabenbasis geführt und ein Großteil der Lastschriften aus sog. „wiederkeh-

renden Dauerschuldverhältnissen“ (Leasingraten, Telefonkosten, Sozialversicherungsbeiträge, Energiekosten) stammte.

Der 2. Senat des OLG Koblenz will in der Entscheidung eine klare Stellungnahme zum Streit zwischen dem Banken- und dem Insolvenzsenat des BGH in Sachen Lastschriftwiderruf (ausführlich dazu Tetzlaff, GWR 2009, 189) vermeiden. Stattdessen unternimmt das Gericht den Versuch, über die Konstruktion einer angeblich vor Insolvenzantragstellung erfolgten konkludenten Genehmigung das nach der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH bestehende Widerspruchsrecht des vorläufigen Insolvenzverwalters leer laufen zu lassen.

Die Ausführungen des Gerichts sind angreifbar: So hat der 10. Senat des OLG Koblenz (NZI 2008, 567) bezüglich der Sozialversicherungsbeiträge klargestellt, dass auch in dieser Konstellation ein Widerspruchsrecht des vorläufigen Insolvenzverwalters besteht. Der 2. Senat des OLG Koblenz erwähnt in der besprochenen Entscheidung die Rechtsprechung des 10. Senats des OLG Koblenz mit keinem Wort. Weiterhin läuft die Argumentation des Gerichts darauf hinaus, dass der Schuldner den in den Tageskontoauszügen enthaltenen Belastungsbuchungen praktisch am gleichen Tag widersprechen muss, wenn er sie nicht konkludent genehmigen will. Diese Auffassung steht im Widerspruch zur absolut herrschenden Meinung (BGH, NJW 2000, 2667; van Gelder, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 58 Rn. 68 ff.) und zu den AGB der Kreditinstitute, die eine sechswöchige Widerspruchsfrist vorsehen.

Praxisfolgen

Die Entscheidung des OLG Koblenz wird sicherlich in den Kreisen der Lastschriftempfänger und der Kreditinstitute, welche die Zulässigkeit eines pauschalen Lastschriftwiderrufs durch den Insolvenzverwalter in Frage stellen, mit Zustimmung aufgenommen. Nach der Auffassung des OLG Koblenz kommt insbesondere bei Online-Konten auf Guthabenbasis mit Lastschriften aus „wiederkehrenden Dauerschuldverhältnissen“ eine konkludente Genehmigung der Lastschriften durch den Schuldner in Betracht. Insolvenzverwalter werden aber auf die offensichtlichen Defizite in den Entscheidungsgründen hinweisen. Die Revision ist beim XI. Zivilsenat des BGH anhängig.

Rechtsanwalt Dr. Christian Tetzlaff,
Dr. Tetzlaff und Partner, Radebeul

BAG: Gleichbehandlung bei Aktienoptionsprogrammen für Führungskräfte

GG Art. 103 I; BGB § 242; ArbGG § 72 V; ZPO § 564 S. 1

1. Setzt der Anspruch auf Aktienoptionen die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Führungsebene voraus und legt der Arbeitgeber den Kreis der anspruchsberechtigten Führungskräfte nach abstrakten Merkmalen fest, liegt der für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes erforderliche kollektive Bezug vor.
2. Will ein Arbeitgeber nur Führungskräften bestimmter Hierarchieebenen Aktienoptionen gewähren, muss sich die Gruppe der Bezugsberechtigten klar von der Gruppe der vom Bezugsrecht ausgenommenen Arbeitnehmer abgrenzen lassen.
3. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bezieht sich auf Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage. Eine solche ist regelmäßig gegeben, wenn Arbeitnehmer gleichwertige Arbeit verrichten. (Orientierungssätze 2 bis 4 des Gerichts)

BAG, Urteil vom 21.10.2009 – 10 AZR 664/08
(LAG Berlin-Brandenburg), BeckRS 2010, 65206

Sachverhalt

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte dem Kläger nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in den Jahren 1999 bis 2001 im Rahmen ihres Aktienoptionsprogramms für Führungskräfte Aktienoptionen gewähren musste. Der Kläger war – ebenso wie die Juristen L und R – in der Rechtsabteilung der Beklagten als Jurist tätig. L und R wurden im Gegensatz zu dem Kläger offiziell einer Führungsebene zugeordnet mit der Folge, dass sie am Aktienoptionsprogramm der Beklagten teilnahmen. Der Kläger verlangte ebenfalls die Gewährung von Aktienoptionen und klagte auf Zahlung des entsprechenden Ausübungsgewinns.

Entscheidung

Das BAG wies die Revision der Beklagten zurück. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sei einschlägig: Die Beklagte stelle den für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes erforderlichen kollektiven Bezug her, da die abstrakte Zuordnung zu einer ihrer Führungsebenen zu der Gewährung von Aktienoptionen führe. Der Kläger und seine Kollegen L und R hätten gleichwertige Tätigkeiten ausgeübt, so dass die Beklagte durch die Differenzierung zwischen dem Kläger und seinen Kollegen L und R gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen habe. Dieser Verstoß sei auch nicht durch die formelle Zuordnung der Bezugsberech-

tigten zu einer bestimmten Führungsebene gerechtfertigt, da die Gruppe der Bezugsberechtigten nicht klar von der Gruppe der vom Bezugsrecht Ausgenommenen abgegrenzt worden sei.

Praxisfolgen

Diese Entscheidung setzt die Rechtsprechungslinie des BAG zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz konsequent fort. Regelungen in einem Aktienoptionsplan müssen sich sowohl in Bezug auf die Festlegung des Kreises der Bezugsberechtigten als auch auf die Verteilung einer Tranche von Aktienoptionen an dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz messen lassen (vgl. auch Röllner, in: Küttner, Personalhandbuch, 16. Aufl. 2009, Aktienoptionen, Rn. 8). Nach der bereits zu Versorgungszusagen anerkannten Rechtsprechung des BAG (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2002, BeckRS 2009, 58462) sind Abstufungen nach Hierarchieebenen gerechtfertigt: Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt, wenn das Unternehmen die Gewährung von Aktienoptionen auf die Mitarbeiter bestimmter Hierarchieebenen beschränkt, sofern der Kreis der Bezugsberechtigten klar hierarchiemäßig definiert ist.

Eine Differenzierung innerhalb bestimmter Hierarchiegruppen ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn sachliche, billigungswürdige Gründe im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis die Differenzierung rechtfertigen (vgl. Lembke, BB 2001, 1469, 1471). Als solche Gründe für eine Gewährung von Aktienoptionen an nur einzelne Mitarbeiter einer bestimmten Hierarchiegruppe kommen etwa besondere Verantwortung und Umfang der Tätigkeit der einzelnen Mitarbeiter in Betracht, die zu einer gegenüber den benachteiligten Arbeitnehmern herausgehobenen Stellung führen. Die bloß formelle Zuordnung zu einer Führungsebene ohne sachlichen Grund verstößt jedoch gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

In der Praxis sollte bei der Gewährung von Aktienoptionen an einzelne Arbeitnehmer innerhalb einer Hierarchieebene sowohl die Gruppe der Begünstigten als auch der Grund für die Gewährung der Aktienoptionen an die entsprechenden Arbeitnehmer sorgfältig dokumentiert werden. Bei der Auswahl der Begünstigten und der Begründung der differenzierenden Leistung sollte an sachliche Merkmale angeknüpft werden, die die benachteiligten Arbeitnehmer nicht erfüllen.

Rechtsanwältin Dr. Sabine Otte, LL.M.,
Baker & McKenzie, Düsseldorf

BAG: Keine Rückzahlung von Fortbildungskosten bei unangemessener Bindungsdauer

BGB §§ 305, 307, 310 I Nr. 3, 611, 779

1. Ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Rückzahlungsklausel für Ausbildungskosten mit einer unangemessenen Bindungsdauer für den Arbeitnehmer verknüpft, führt dies im Allgemeinen zur Unwirksamkeit der Rückzahlungsklausel insgesamt. Ein Rückzahlungsanspruch besteht nicht.
2. Ob dies grundsätzlich auch für den Fall gilt, dass die Rückzahlungsvereinbarung erst nach Abschluss der Schulungsmaßnahme getroffen wurde, bleibt offen. Ist der Arbeitgeber zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts während der Schulungsmaßnahme verpflichtet, verweigert er aber die Zahlung trotz eindeutiger Rechtslage und kommt daraufhin eine Vereinbarung zustande, nach der der Arbeitgeber die Teilnahme an der Maßnahme zu vergüten und der Arbeitnehmer unter bestimmten Umständen die Kosten zu erstatten hat, ist diese Vereinbarung an den allgemeinen Grundsätzen zu messen. (Gekürzte Leitsätze des Gerichts)

BAG, Urteil vom 15.09.2009 – 3 AZR 173/08
(LAG München), BeckRS 2010, 65215

Sachverhalt

Die Klägerin arbeitete als Assistentin bei dem beklagten Apotheker. Im Oktober 2004 bis Januar 2005 nahm sie an einer Fortbildung zur Kosmetikfachberaterin mit drei Modulen zu je zweieinhalb Tagen teil. Der Beklagte zahlte die Lehrgangskosten in Höhe von insgesamt 3.122,50 Euro, rechnete die Zeiten des Lehrgangs aber nicht auf das Arbeitszeitkonto der Klägerin an. Erst als die Parteien am 04.04.2005 eine vorformulierte „Fortbildungs- und Rückzahlungsvereinbarung“ abschlossen, erklärte er sich zur Vergütung der Lehrgangskosten bereit. Die Vereinbarung sah vor, dass die Klägerin die Fortbildungskosten (anteilig) zurückzahlen müsse, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb von einem Jahr aufgrund einer Eigenkündigung ende. Als die Klägerin zum 31.01.2006 kündigte, behielt der Beklagte ausstehenden Lohn ein und verlangte die Rückzahlung der Lehrgangskosten.

Entscheidung

Das BAG gab der Zahlungsklage der Klägerin aber statt. Der Beklagte habe keinen Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der verauslagten Kosten, mit dem er aufrechnen könne. Die Rückzahlungsvereinbarung sei nach § 307 I BGB unwirksam, weil sie die Klägerin unangemessen lang binden sollte. Angesichts der Lehrgangsdauer und der Höhe der angefallenen Kosten hät-

ten die Parteien nur eine Bindung von sechs Monaten nach dem Ende der Fortbildung vereinbaren können. Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung zuließen, seien nicht gegeben. Zwar könne für die Wirksamkeit einer vorformulierten Rückzahlungsklausel sprechen, dass sie erst nach Abschluss der Fortbildung geregelt werde. Der Arbeitnehmer stehe dann nicht mehr unter dem Druck, die Vereinbarung ggf. abzuschließen zu müssen, weil er nur so an der Fortbildungsmaßnahme teilnehmen könne. Dies könne aber nicht gelten, wenn der Arbeitgeber – wie hier – den Arbeitnehmer zum Abschluss der Rückzahlungsklausel drängt, indem er unberechtigt die Arbeitsvergütung für die Lehrgangstage zurückbehält.

Praxisfolgen

Die Entscheidung fügt sich zunächst nahtlos in die BAG-Rechtsprechung ein. Die Erfurter Richter haben der Beratungspraxis bereits seit längerem Richtwerte an die Hand gegeben, die bei der Gestaltung einer Rückzahlungsvereinbarung zu berücksichtigen sind. Bei einer Fortbildungsdauer mit Lohnfortzahlung unter einem Monat halten sie in der Regel allenfalls eine Bindungsdauer von sechs Monaten für angemessen. Je nach Dauer der Fortbildung und des damit verbundenen Arbeitsausfalls darf der Mitarbeiter auch länger gebunden werden, sogar bis zu fünf Jahren bei einer mehr als zweijährigen Maßnahme (vgl. zuletzt BAG, NZA 2009, 666). Umstände des Einzelfalls können eine andere Bewertung rechtfertigen. Das BAG deutet an, dass eine Vertragsklausel auch bei einer an sich zu langen Bindungsdauer wirksam sein kann, wenn sie erst nach der Fortbildung geschlossen wird. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob es tatsächlich in der Zukunft auch so entscheiden wird. Denn das BAG hatte bislang geurteilt, eine Rückzahlungspflicht sei unwirksam, falls sie erst nach Abschluss einer Schulung abgeschlossen werde. Der Arbeitgeber müsse zu Beginn der vereinbarten Ausbildung auf alle Konsequenzen klar und unmissverständlich hinweisen, die für den Arbeitnehmer aus der Fortbildungsvereinbarung resultieren können (vgl. bereits BAG, DB 1980, 1703 = BeckRS 2010, 65625). Unternehmer sind daher sicherlich weiterhin gut beraten, eine Rückzahlungsklausel abzuschließen, bevor der Mitarbeiter die Fortbildung antritt.

*Rechtsanwalt Alexander Raif,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Weitnauer Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer
Steuerberater, Berlin*

BAG: „Andere Abmachungen“ für die Zeit der Nachwirkung können bereits während der Tarifbindung getroffen werden

GG Art. 9 III; TVG §§ 3, 4

1. Nach dem Wegfall der Tarifgebundenheit nach § 3 I TVG infolge eines Austritts aus dem Arbeitgeberverband gelten die Tarifverträge gemäß der in § 3 III TVG geregelten Nachbindung unmittelbar und zwingend bis zur Beendigung des Tarifvertrages weiter.
2. Die Nachbindung an einen Tarifvertrag nach § 3 III TVG endet mit jeder Änderung der durch den betreffenden Tarifvertrag normierten materiellen Rechtslage. Eine solche kann durch die Änderung des betreffenden Tarifvertrages erfolgen. Sie kann aber auch in der Vereinbarung einer auf den Tarifinhalt einwirkenden Tarifnorm in einem neuen Tarifvertrag liegen. (Leitsätze des Gerichts zu Az. 4 AZR 261/08).

BAG, Urteil vom 01.07.2009 – 4 AZR 261/08
(LAG Saarland), BeckRS 2009, 73881

BAG, Urteil vom 20.05.2009 – 4 AZR 230/08
(LAG Hamm), BeckRS 2009, 74394

Sachverhalt

In beiden Urteilen galt für die Parteien aufgrund beiderseitiger Tarifbindung ein Manteltarifvertrag, der insbesondere die Arbeitszeiten festlegte. Die betroffenen Arbeitgeber traten aus dem Arbeitgeberverband aus bzw. wechselten in eine sogenannte OT-Mitgliedschaft. Eine im Anschluss zunächst für die Tarifvertragsparteien gegebene Kündigungsmöglichkeit des Manteltarifvertrages wurde ausgelassen. In der Folgezeit haben in beiden Fällen die Arbeitgeber mit den später klagenden Arbeitnehmern einzelvertraglich eine Erhöhung der Arbeitszeit ohne Lohnausgleich vereinbart. Nach Ablauf bzw. Änderung des Manteltarifvertrages machten die Kläger die tarifliche Vergütung für die zusätzlich vereinbarte und geleistete Arbeitszeit geltend.

Entscheidung

Zu klären war für das BAG zunächst, wann die Nachbindung an den Manteltarifvertrag nach einem Verbandsaustritt bzw. einem Wechsel in die OT-Mitgliedschaft endete. Für diese Frage wurden in der Literatur bisher unterschiedliche Lösungen vorgeschlagen. Das BAG hat entschieden, dass die bloße Möglichkeit, den Manteltarifvertrag zu kündigen, die Nachbindung nicht beendet. Dies entnimmt das BAG aus dem Wortlaut des § 3 III TVG, wonach die Tarifgebundenheit bestehen bleibt, bis der Tarifvertrag „endet“. Gemeint sei damit das tatsächliche Ende des jeweiligen Tarifvertrages, nicht sein mögliches Ende. Auch eine Höchstdauer der Nachbindung lehnte das BAG ab.

Die zweite Frage war, inwieweit eine bereits vor Ablauf der Tarifbindung getroffene „andere Abmachung“ zur

Ersetzung der Nachwirkung im Sinne des § 4 V TVG führen kann. Hierzu stellte das BAG klar, dass eine während der Tarifbindung getroffene Vereinbarung untertariflicher Bedingungen unwirksam ist und regelmäßig auch nicht nachträglich wirksam wird, wenn die Tarifbindung endet und der Tarifvertrag nur noch nachwirkt. Dies ergäbe sich aus dem Regelungswillen der Parteien, der auf die sofortige Änderung der Arbeitsbedingungen gerichtet sei. Allerdings soll bereits während der Tarifbindung eine andere Abmachung im Sinne des § 4 V TVG möglich sein, vorausgesetzt, dass sie konkret und zeitnah vor dem bevorstehenden Ablauf der Tarifbindung getroffen wird und die Situation regeln soll, die sich aufgrund der Nachwirkung ergibt.

Praxisfolgen

Dass der Verbandsaustritt oder der Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft die Bindung an Tarifverträge nicht sofort beendet, war bisher schon klar. Die Tarifbindung bleibt bestehen, bis der Tarifvertrag endet, so als ob der Arbeitgeber weiterhin Mitglied im Arbeitgeberverband wäre. Das BAG hat jetzt konkretisiert, dass die Nachbindung nicht aufgrund einer Kündigungsmöglichkeit der Tarifvertragsparteien endet und auch nicht nach einer festen zeitlichen Grenze. Die Bindung endet erst, wenn der Tarifvertrag tatsächlich endet oder geändert wird. Das kann bei Tarifverträgen, die typischerweise nur in größeren Zeitabständen gekündigt oder geändert werden, wie z.B. Manteltarifverträgen, eine Bindung des Arbeitgebers über Jahre bedeuten. Eine Änderungsmöglichkeit zulasten der tarifgebundenen Arbeitnehmer besteht für diesen Zeitraum nicht. Eine dennoch entgegen dem bindenden Tarifvertrag getroffene Vereinbarung wird regelmäßig auch nicht nachträglich wirksam, wenn der Tarifvertrag aufgrund von Kündigung oder Ablauf nur noch nachwirkt. Das BAG lässt den Arbeitsvertragsparteien jedoch die Möglichkeit, bereits vor Ablauf der Tarifbindung Vereinbarungen zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen für den Zeitraum der Nachwirkung zu treffen und damit letztlich den Eintritt der Nachwirkung zu verhindern. Voraussetzung ist jedoch, dass die Vereinbarung konkret und zeitnah die Situation nach Ablauf des Tarifvertrages regeln soll. Die Vereinbarung sollte also explizit den Willen der Parteien zum Ausdruck bringen, eine noch verbindliche tarifliche Regelung gerade im Hinblick auf das bevorstehende Ende ihrer zwingenden Wirkung und für die daraufhin eintretende Nachwirkungsphase abzuändern.

Rechtsanwalt Dr. Frank Walk,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Taylor Wessing, München

BAG: Weitergeltung transformierter tariflicher Normen nach Betriebsübergang

BGB § 613 a; TVG § 3

1. Die bei einem Betriebsübergang zwischen dem Veräußerer und dem tarifgebundenen Arbeitnehmer geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen werden in das Arbeitsverhältnis zwischen Erwerber und Arbeitnehmer transformiert. Dies gilt auch für eine dynamische Veränderung, die erst nach dem Betriebsübergang eintreten soll.
2. Die Wirkungsweise der so transformierten Normen entspricht regelmäßig derjenigen, die bei einem Austritt des Veräußerers aus dem tarifschließenden Arbeitgeberverband hinsichtlich des zur Zeit des Austritts geltenden Verbandstarifvertrags nach § 3 III TVG eintreten würde. Die Sperrfrist nach § 613 a I 2, 4 BGB entspricht dabei dem Ende des nachbindenden Tarifvertrags. (Gekürzte Leitsätze des Gerichts)

BAG, Urteil vom 22.04.2009 – 4 AZR 100/08 (LAG Düsseldorf), BeckRS 2009, 73426

Sachverhalt

Auf das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und seinem früheren Arbeitgeber fand ein mehrteiliger Verbandstarifvertrag (VTV) Anwendung. Am 31.05.2005 kam es zu einem Sanierungstarifvertrag (SanTV) mit der Folge, dass die wöchentliche Arbeitszeit von 35 auf 40 Stunden angehoben und die tarifliche Vergütung gekürzt wurde. Der SanTV hatte eine Laufzeit bis zum 31.12.2007. Vorher konnte er bis zum 15. eines Monats jeweils zum Monatsende gekündigt werden. Die Nachwirkung war ausgeschlossen.

Der Kläger kündigte seine Mitgliedschaft in der IG Metall zum 30.06.2006. Am 01.07.2006 übernahm die nicht tarifgebundene Beklagte den Betrieb nach § 613 a BGB. Mit Schreiben vom 13.07.2006 kündigte die IG Metall den SanTV zum 31.08.2006. Die Beklagte rechnete das Arbeitsverhältnis des Klägers auf der Grundlage der Regelung des SanTV ab. Der Kläger macht demgegenüber höhere Vergütungsansprüche aus dem VTV geltend. Die Zahlungsklage blieb in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg.

Entscheidung

Die Revision war erfolgreich. Die arbeitsvertragliche Wirkung der transformierten Normen des SanTV sei zeitlich auf dessen unmittelbare Geltung im Veräußererbetrieb beschränkt gewesen. Sie habe aufgrund der Kündigung des SanTV am 31.08.2006 geendet. Die Kündigung der IG Metall laufe auch nicht dadurch ins Leere, dass zuvor der Betriebsübergang auf die Be-

klage erfolgt und die Rechte und Pflichten der übergegangen Arbeitsverhältnisse aus dem SanTV nach § 613 a I 2 BGB transformiert worden seien. Die Normen des bis zum Betriebsübergang normativ geltenden Tarifvertrags gingen zwar in das Arbeitsverhältnis zwischen Erwerber und Arbeitnehmer ein. Sie behielten jedoch auch beim Erwerber ihren kollektiven Charakter bei. Dieser sei an die transformierten Regelungen in einer Weise gebunden, die der Nachbindung des aus einem tarifschließenden Arbeitgeberverband ausgetretenen Arbeitgebers gemäß § 3 III TVG weitgehend entspräche, allerdings zeitlich begrenzt auf eine Höchstdauer von einem Jahr.

Praxisfolgen

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Das nach § 613 a I 3 BGB geltende Ablösungsprinzip ist im Gegensatz zum ansonsten geltenden Günstigkeitsprinzip nach § 4 III TVG nur dann erklärbar, wenn auch die transformierten Normen kollektivrechtlichen Charakter haben und gerade nicht einzelvertraglicher Natur sind (Rn. 64; vgl. auch Annuß, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2005, § 613 a Rn. 249). Die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer waren aber zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht nur in einem, sondern in zwei Tarifverträgen (MTV, LTV) geregelt. Beide Tarifverträge waren teilweise durch den SanTV zeitlich befristet verdrängt. Gegenstand der Transformation sind aber alle beim Veräußerer normativ geltenden Tarifnormen. Sind diese in mehreren Tarifverträgen geregelt, gehen diese insgesamt in die Arbeitsverhältnisse der übergegangen Arbeitnehmer ein.

Da die transformierten Normen weitgehend das Schicksal des ihnen zugrunde liegenden Tarifvertrags teilen, ergeben sich sowohl für die Arbeitgeber als auch für die Arbeitnehmer Handlungsoptionen. Im vorliegenden Fall konnte der Erwerber nicht mehr auf den Fortbestand der für ihn günstigeren Bedingungen des SanTV vertrauen. Die Gewerkschaft hatte es in der Hand, diese Regelungen zu Fall zu bringen und die ursprünglichen Regelungen der Verbandstarifverträge wieder zum Leben zu erwecken. Aber der Spieß lässt sich auch umdrehen. Aus Arbeitnehmersicht besteht durchaus die Gefahr, dass der Veräußerer einen Firmentarifvertrag frühzeitig kündigt, um dem Erwerber die Änderung von Arbeitsbedingungen schon vor Ablauf der einjährigen Sperrfrist zu ermöglichen.

*Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Gleiss Lutz, Stuttgart* ■

EuGH: Diskriminierende Quellensteuer auf ins EU-Ausland abfließende Dividenden

EGV Art. 56

Die italienische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 56 I EGV verstoßen, dass sie Dividenden, die an in anderen Mitgliedstaaten ansässige Gesellschaften ausgeschüttet werden, einer Steuerregelung unterworfen hat, die ungünstiger ist als die, die für an gebietsansässige Gesellschaften ausgeschüttete Dividenden gilt. (Leitsatz des Gerichts)

EuGH, Urteil vom 19.11.2009 – C-540/07, BeckRS 2009, 71304

Sachverhalt

In Italien werden Dividenden, die eine in Italien ansässige Körperschaft an in anderen Mitgliedstaaten oder in den Vertragsstaaten des EWR-Abkommens ansässige Gesellschaften ausschüttet, höher besteuert als Dividenden, die an in Italien ansässige Gesellschaften ausgeschüttet werden. Mit ihrer Klage beantragte die EG-Kommission festzustellen, dass die italienische Republik im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten und zwischen den Vertragsstaaten des EWR-Abkommens gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 56 EGV und Art. 40 des EWR-Abkommens verstoßen hat.

Entscheidung

Der EuGH hat dem Klagebegehren der EG-Kommission in Bezug auf die EU-Mitgliedstaaten entsprochen, nicht aber in Bezug auf die Staaten des EWR-Abkommens. Es sei unstrittig, dass die italienischen Rechtsvorschriften Dividenden, die an in anderen Mitgliedstaaten ansässige Gesellschaften ausgeschüttet werden, einem höheren Steuersatz unterwerfen als Dividenden, die an gebietsansässige Gesellschaften ausgeschüttet werden. Das italienische Steuerrecht sehe für Körperschaften als Dividendenempfänger eine Besteuerung von nur 5% der Dividenden im Inlandsfall vor (Steuersatz 33%). Dividenden an ausländische Gesellschaften unterlägen in Italien dagegen einem Quellensteuerabzug von 27%, wovon höchstens 4% auf Antrag erstattet werden. Eine nach DBA mögliche Anrechnung der in Italien erhobenen Quellensteuer reiche nicht aus, die aus der Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften resultierende unterschiedliche Behandlung auszugleichen. Im Übrigen lägen auch keine Rechtfertigungsgründe für die Ungleichbehandlung vor. Insbesondere sei die unterschiedliche Behandlung nicht aus Gründen der Kohärenz des Steuersystems, der

Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Steuerhoheit oder der Bekämpfung von Steuerhinterziehung gerechtfertigt.

Praxisfolgen

Der EuGH hat sich bislang nicht mit der EG-Rechtskonformität der deutschen Regelungen zur abgeltenden Wirkung eines Kapitalertragsteuereinhalts (§ 32 I Nr. 2 KStG) bei (Streubesitz-)Dividenden an im EU-Ausland ansässige Gesellschaften beschäftigt. Mit Klage vom 23.07.2009 hat die EG-Kommission aber wegen Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der deutschen Quellenbesteuerung abfließender Streubesitzdividenden im Binnenmarkt bzw. EWR eingeleitet (Rs. C-284/09, ABl. EU 2009, Nr C 256, S. 8). Bei einer Kapitalbeteiligung einer EU-Muttergesellschaft an einer deutschen Tochtergesellschaft von weniger als 10% ist auf ausgeschüttete Streubesitzdividenden Kapitalertragsteuer i.H.v. 25% einzubehalten, da die Mutter-Tochter-Richtlinie nicht greift. Anders als im Inlandsfall ist § 8b KStG nicht anwendbar. Für die EU-Muttergesellschaft ist die einbehaltene Kapitalertragsteuer auf Streubesitzdividenden aufgrund der Abgeltungswirkung der Kapitalertragsteuer definitiv.

Dagegen hat der BFH im Urteil vom 22.04.2009 (DStR 2009, 1469) entschieden, dass der Einbehalt von Kapitalertragsteuer auf Dividenden einer im Inland ansässigen Kapitalgesellschaft an eine in der Schweiz ansässige Kapitalgesellschaft nicht gegen die auch im Verhältnis zu Drittstaaten anwendbare Kapitalverkehrsfreiheit verstößt. Eine etwaige doppelte Besteuerung ist laut BFH durch entsprechende steuerliche Entlastungsmaßnahmen in der Schweiz zu vermeiden. Angesichts der EuGH-Entscheidung gegen die italienische Republik darf aber vermutet werden, dass auch die deutschen Regelungen zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer bei Dividenden und deren abgeltende Wirkung im Inlandsfall nicht im Einklang mit der Kapitalverkehrsfreiheit stehen. Nach Auffassung des EuGH muss nämlich der Quellensteuerstaat sicherstellen, dass keine Ungleichbehandlung erfolgt. Im Übrigen hat der Kläger, die Schweizer Kapitalgesellschaft, beim BVerfG wegen Nichtvorlage an den EuGH durch den BFH Verfassungsbeschwerde erhoben (Az. 2 BvR 1807/09).

*Rechtsanwalt Dr. Christian Schmidt,
Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München*

BFH: Aufgabe der sog. Theorie der finalen Betriebsaufgabe

EstG §§ 16 III, 18 III, 49 I Nr. 3

Die Verlegung des Betriebs eines selbständigen Erfinders ins Ausland führt auch dann nicht zur Annahme einer (fiktiven) Betriebsaufgabe, wenn die künftigen Gewinne der ausländischen festen Einrichtung (Betriebsstätte) im Inland nicht steuerbar oder aufgrund eines DBA von der Besteuerung im Inland freigestellt sind (Änderung der Rechtsprechung). (Gekürzter Leitsatz des Gerichts)

BFH, Urteil vom 28.10.2009 – I R 99/08 (FG Köln), BeckRS 2009, 24003878

Sachverhalt

Der Kläger erzielte als Erfinder freiberufliche Einkünfte durch Überlassung seiner Erfindungen an Dritte zur Nutzung. Der Kläger verlegte seinen Wohnsitz nach Belgien, von wo aus er seine Erfindertätigkeit im Rahmen seines Einzelunternehmens in unveränderter Weise fortführte. Das Finanzamt war u. a. der Auffassung, dass der Umzug nach Belgien zu einer Betriebsaufgabe des Einzelunternehmens geführt habe. Das FG kam zu dem Ergebnis, dass bei Umzug ins europäische Ausland und ansonsten unveränderter Fortführung des Betriebs eine Betriebsaufgabe nicht vorliegen würde. An der Anwendung der bis dahin geltenden Rechtsprechung des BFH zur sog. finalen Betriebsaufgabe sah sich das FG aufgrund des Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit gehindert.

Entscheidung

Unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung zur finalen Betriebsaufgabe hat der BFH das Vorliegen einer Betriebsaufgabe verneint. Zur Begründung zieht der BFH die gleichen Gründe heran, die ihn zur Aufgabe der sog. Theorie der finalen Entnahme (DStR 2008, 2001; vgl. BMF-Nichtanwendungserlass mit Anm. Korn, GWR 2009, 184) veranlasst haben: Für die Annahme eines Realisationstatbestands bei Verlegung eines Gewerbetriebs ins Ausland fehlte es im Streitjahr sowohl an einer gesetzlichen Grundlage als auch an einem Bedürfnis. Die frühere Rechtsprechung beruhte auf der Annahme, dass der mit einer Betriebsverlegung verbundene Wegfall des Besteuerungszugriffs auf die künftigen gewerblichen Einkünfte zur Folge habe, dass auch die während der gewerblichen Tätigkeit im Inland entstandenen stillen Reserven an den Gegenständen des Betriebsvermögens der Besteuerung durch den deutschen Fiskus entzogen seien, wenn sie sich zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere durch eine Betriebsveräußerung, tatsächlich realisierten. Zweck der Vorschrift über die Betriebsaufgabe sei es, dass die stillen Reserven nicht endgültig der Be-

steuerung entgehen dürften (BFH-Urteile BeckRS 1971, 22001026; BeckRS 1984, 22006827). Der BFH stellt nunmehr klar, dass die Annahme des Wegfalls des Besteuerungsrechts unzutreffend sei (ebenso in dem Parallelurteil BFH, BeckRS 2009, 25015828): Vielmehr unterliege ein späterer Veräußerungsgewinn, soweit dieser auf stillen Reserven beruht, die in der vormaligen inländischen Betriebsstätte erwirtschaftet wurden, der inländischen Besteuerung. Im Besprechungsurteil hatte der Kläger seinen Betrieb nicht aufgegeben, sondern in unveränderter Weise in Belgien fortgesetzt. Nach Auffassung des BFH liegt weder eine Betriebsaufgabe vor, noch seien die stillen Reserven durch den Umzug der deutschen Besteuerung entzogen, da der Kläger mit diesen im Inland weiterhin der beschränkten Steuerpflicht unterliegt. Dem deutschen Besteuerungsrecht – so der BFH – stehe auch nicht das DBA entgegen, da das Besteuerungsrecht hinsichtlich des Gewinns aus der künftigen Realisierung der bis zur Betriebsverlegung entstandenen stillen Reserven ungeachtet des Wegfalls der unbeschränkten Steuerpflicht weiterhin Deutschland zustehe. Daran ändere auch nichts, dass im Zeitpunkt der Realisierung der stillen Reserven keine Betriebsstätte in Deutschland mehr bestehe. Auch etwaige Vollzugsschwierigkeiten lässt der BFH nicht als Rechtfertigung für die Sofortbesteuerung gelten.

Praxisfolgen

Das Urteil betraf einen Fall vor Einführung der Entstrickungsregel des § 4 I 3 EstG durch das SEStEG. Es stellt sich grundsätzlich die Frage, ob diese Regelung künftig leer läuft, da die Besteuerung der bei Wegzug vorhandenen stillen Reserven nicht ausgeschlossen/beschränkt wird (Gosch, BFH/PR 2008, 499). Unabhängig davon ist die Vereinbarkeit einer Sofortbesteuerung mit der Niederlassungsfreiheit fraglich (der BFH hatte diesen Aspekt ausdrücklich offen gelassen); *de lege ferenda* wäre auch eine dem § 6 V AStG entsprechende Lösung denkbar. Zu beachten ist, dass die neue Auffassung des BFH die Gefahr der Doppelbesteuerung birgt, wenn der Zuzugsstaat im Falle einer späteren Realisierung (auch) die bei Betriebsverlagerung bestehenden stillen Reserven beansprucht. Schließlich bleibt die Reaktion der Finanzverwaltung und des Gesetzgebers auf die Aufgabe der Theorien der finalen Entnahme und der finalen Betriebsaufgabe abzuwarten (Nichtanwendungserlass bzw. Änderung des § 4 I 3, § 16 III, § 18 III EstG?).

*Rechtsanwalt/Steuerberater Dr. Thomas Fox und
Rechtsanwalt Andreas Scheidle, LL. M.,
beide Latham & Watkins LLP, München* ■

Besonders praktisch: systematische Darstellung + Gestaltungsmuster.

Damit es rund läuft – das neue Handbuch

bietet dem Praktiker den **umfassenden Zugriff auf das Gesellschaftsrecht**. Ob als Einführung oder für die tägliche Arbeit – der Band lässt sich von **Juristen, Kaufleuten** und **Betriebswirten** überall einsetzen. Das Werk

- behandelt Personen- und Kapitalgesellschaft einschließlich Umwandlung und Besteuerung, handels- und registerrechtliche Grundlagen, Unternehmensfinanzierung und Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften (»Limited«)
- konzentriert sich auf die **in der Praxis** relevanten Themen
- stellt unter Berücksichtigung strategischer Gesichtspunkte die **unternehmensbezogene Beratungs- oder Entscheidungssituation** in den Vordergrund
- nützt besonders durch die konsequente Einbeziehung **steuerlicher Aspekte** und die einmalige **Verbindung von systematischer Darstellung und Gestaltungsmustern**
- berücksichtigt **topaktuell** u. a. bereits das **Unternehmenssteuergesetz 2008** sowie das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (**MoMiG**).



Zu den Autoren

Klaus Altendorf, WP und StB in Bornheim; Joachim Breithaupt, RA und StB in Köln (auch Hrsg.); Jürgen Ehrlichmann, RA in Köln; Nicolas Gabrysch, RA in Köln; Dr. Gerd Hoor, RA in Köln; Dr. Andreas Imping, RA und FA für Arbeitsrecht in Köln; Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Jörg H. Ottersbach, FH Wilhelmshaven, StB in Köln (auch Hrsg.); Carsten Schneider, RA in Köln; Axel Tophoven, RA in Kön; Prof. Dr. Dieter Schulze zur Wiesche, RA und StB in Nordkirchen; Withold Wollgarten, WP und StB in Köln.

Fax-Coupon

___ Expl. 978-3-8006-3346-3
Breithaupt/Ottersbach,
Kompodium Gesellschaftsrecht
2010. LIV, 1246 Seiten. Gebunden € 88,-

Name _____

Straße _____

PLZ/Ort _____

Datum/Unterschrift _____

153010

Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung haben Sie das Recht, Ihre Bestellung innerhalb von 2 Wochen nach Absendung ohne Begründung in Textform (z.B. Brief, Fax, Email) zu widerrufen. Die rechtzeitige Absendung des Widerrufs innerhalb dieser Frist genügt. Die Frist beginnt nicht vor Erhalt dieser Belehrung. Der Widerruf ist zu richten an den Lieferanten (Buchhändler, beck-shop.de oder Verlag C.H.Beck, c/o Nördlinger Verlagsauslieferung, Angsburger Str. 67a, 86720 Nördlingen). Im Falle eines Widerrufs sind beiderseits empfangene Leistungen zurückzugewähren. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Lieferant. Zu denselben Bedingungen haben Sie auch ein Rückgaberecht für die Erstlieferung innerhalb von 14 Tagen seit Erhalt.
Ihr Verlag C.H.Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München.

Bestellen Sie bei Ihrem Buchhändler oder bei:
beck-shop.de oder Verlag Vahlen, München, Fax: 089/3 8189-402
www.vahlen.de

Vahlen