

Mandanteninformation

November 2004

Inhalt

Kapitalanlagerecht	Vorstandshaftung für falsche Ad-hoc-Mitteilungen	1
Handelsrecht	Haftungsrisiken durch unzureichende Firmierung	3
Gesellschaftsrecht	Was beim Vertragsschluß mit einer GbR zu beachten ist	3
Gesellschaftsrecht	Verbotene Darlehensgewährung an Gesellschafter	4
Steuerrecht/Sozialversicherungsrecht	Haftungsverschärfungen	4
Steuerrecht	Umsatzbesteuerung von Geschäftsfahrzeugen	5
Steuerrecht	Gewerbs- und bandenmäßige Steuerhinterziehung verfassungswidrig?	6
Allgemeines Zivil- und Handelsrecht	Verjährung droht zum 31.12.2004	6
Insolvenzrecht	Risiken des Lieferanten bei einem einfachen, verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt	7
Insolvenzrecht	Haftungsfalle bei umsatzsteuerlicher Organschaft	7
Wettbewerbsrecht	Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	8
Öffentliches Wirtschaftsrecht	Beschaffungsvorgänge zwischen Kommunen ausschreibungspflichtig	9
Vergaberecht	Ausschuß vom Vergabeverfahren bei „Mischkalkulationen“	10
Arbeitsrecht	Neue sozialrechtliche Einschränkungen für den Abwicklungsvergleich	11
Arbeitsrecht	Zulässigkeit von Vertragsstrafen in Formular- arbeitsverträgen	12

In eigener Sache

Neu im Team. Unser Bochumer Büro freut sich über zwei weitere Rechtsanwälte. Rechtsanwalt **Ronald Sieder** wird im Gesellschaftsrecht und im Bereich der Sanierungsberatung tätig sein. Daneben verfolgt er ein Promotionsvorhaben. Aus Bonn ist Rechtsanwalt **Dirk Reuter** zu uns gestoßen. Einer seiner Schwerpunkte ist ebenfalls das Gesellschaftsrecht. Darüber hinaus können wir sein steuerrechtliches Wissen nutzbar machen.

Immobilienrechtsfrühstück. Nun ist die Reihe an unserer Fachgruppe Immobilienrecht. Sie widmet das nächste **Arbeitsfrühstück** aktuellen Themen des privaten und öffentlichen **Baurechts** sowie des gewerblichen **Mietrechts**. Sie sind am 16. November 2004 in der Zeit von 8.30 Uhr bis 10.30 Uhr herzlich in das Hotel Holiday Inn in Bochum eingeladen. Weitere Informationen und Anmeldeformulare erhalten Sie bei Frau Heike Michelbrink unter der Telefonnummer 0234/68779-74, per Telefax 0234/68779-890 oder eMail heike.michelbrink@ra-aulinger.de.

Kapitalanlagerecht: Vorstandshaftung für falsche Ad-hoc-Mitteilungen

Dem Interesse an einem geregelten Kapitalmarkt wird neben der allgemeinen Publizitätspflicht auch und besonders durch die **Ad-hoc-Publizität** Rechnung getragen. Unternehmen, deren Wertpapiere zum Amtlichen oder Geregelten Markt einer inländischen Börse zugelassen sind, sind verpflichtet, unverzüglich alle Tatsachen zu veröffentlichen, die geeignet sind, den Börsenpreis der zugelassenen Wertpapiere erheblich zu beeinflussen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in drei Urteilen vom 19.07.2004 die Voraussetzungen präzisiert, unter denen **falsche Ad-hoc-Mitteilungen** zu **Schadensersatzansprü-**

chen der Anleger führen können. Die Urteile haben besonderes Aufsehen erregt, weil mit den Vorstandsmitgliedern des Softwareunternehmens Infomatech AG erstmals Organmitglieder durch einen Anleger erfolgreich in die persönliche Haftung genommen wurden.

Die Infomatech AG, deren Aktien am Neuen Markt notiert waren, entwickelte ein Betriebssystem, das den Zugang zum Internet über das Fernsehen ermöglichen sollte. In einer Ad-hoc-Mitteilung vom 20.05.1999 teilte das Unternehmen mit, der Mobilfunkanbieter MobilCom

habe Surfstationen und Lizenzen in einem Auftragsvolumen von 55 Mio. DM geordert. Tatsächlich war lediglich eine Bestellung im Wert von 9,8 Mio. DM fest erteilt worden. Nur für den Fall einer erfolgreichen Testphase hatte MobilCom die Erhöhung des Auftrages auf den vollen Wert in Aussicht gestellt. Bei einem Umsatz der Infomatech AG im Jahr 1998 von gut 20 Mio. DM hätte ein Auftrag in der Größenordnung von 55,0 Mio. DM nahezu eine Vervierfachung des Umsatzes bedeutet.

Zur Erhöhung des Auftrages kam es nicht. Wegen technischer Schwierigkeiten stand sogar die Rücklieferung der fest geordneten Stationen in Rede. Der Börsenkurs der Infomatech AG fiel nach und nach bis auf wenige Cent. Im Juli 2001 wurde über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet.

Eine ganze Reihe von Anlegern verfolgte **Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand** der Gesellschaft. Ein Anleger konnte nachweisen, daß er in engen zeitlichen Zusammenhang mit der Ad-hoc-Mitteilung und im Vertrauen auf deren Richtigkeit Aktien der Infomatech AG erworben hatte. Die Vorstandsmitglieder, welche die Mitteilung zu verantworten hatten, wurden vom BGH zum Schadensersatz verurteilt.

Die Verurteilung wurde allerdings nicht auf spezifisch kapitalmarktrechtliche Grundlagen gestützt. Der BGH kommt nämlich zu dem Ergebnis, die **kapitalmarktrechtlichen Schutzvorschriften** dienten ausschließlich der allgemeinen Funktionsfähigkeit der Märkte. Sie seien – zumindest in der im entscheidungserheblichen Zeitpunkt geltenden Fassung – **nicht individualschützend** und könnten deshalb nicht Grundlage von Schadensersatzansprüchen geprellter Anleger sein.

Als Anspruchsgrundlage verbleibt damit lediglich die **sittenwidrige Schädigung** nach allgemeinem Zivilrecht, wodurch **hohe Anforderungen** an die Bejahung von Schadensersatzansprüchen gestellt werden. Zwar sind keine besonderen Anforderungen an den Nachweis der **Schädigungsabsicht** der Vorstandsmitglieder zu stellen. Eine Ad-hoc-Mitteilung darf nur dann veröffentlicht werden, wenn sie zur erheblichen Kursbeeinflussung geeignet ist. Im Falle einer fehlerhaften Ad-hoc-Information nehmen die verantwortlichen Vorstände damit eine Schädigung durch nicht sachgerechte Kaufentscheidungen stets billigend in Kauf. Dem Geschädigten obliegt allerdings der Nachweis, die falsche Ad-hoc-Mitteilung sei für seine Anlageentscheidung kausal gewesen. Dabei seien – so der BGH – dem Anleger grundsätzlich keine Beweiserleichterungen zuzubilligen. Indiziell könne aber der **zeitliche Zusammenhang** zwischen der Veröffentlichung der Ad-hoc-Mitteilung und der Kaufent-

scheidung wirken. Wegen des gescheiterten bzw. noch nicht erbrachten **Kausalitätsnachweises** wurden zwei der drei vor dem BGH verhandelten Klagen ab- bzw. an die Vorinstanzen zurückverwiesen. Lediglich im dritten Verfahren gelang durch sorgfältige Dokumentation der Kausalitätsnachweis.

Grundsätzlichen Charakter haben weiter die Ausführungen des BGH zum **Umfang der Schadensersatzpflicht**. Der ersatzfähige Schaden sollte nach bislang vorherrschender Auffassung die Differenz zwischen dem wahren Wert der Aktie im Zeitpunkt der Ad-hoc-Mitteilung und dem durch die falsche Mitteilung vorgespiegelten Wert sein. Daß schon die Ermittlung einer solchen Wertdifferenz in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führt, liegt auf der Hand. Der BGH hat folgerichtig den Haftungsumfang ausgeweitet: Soweit Anleger darlegen können, daß sie im Falle zutreffender Ad-hoc-Informationen vom Kauf der Aktie Abstand genommen hätten, ist der Schädiger zur **Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises** Zug um Zug gegen Übertragung der inzwischen meist wertlos gewordenen Aktien verpflichtet.

Als Reaktion auf die vor allem in Zeiten der dot-com-Gesellschaften stetig steigende Flut von Ad-hoc-Mitteilungen hat auch der Gesetzgeber zwischenzeitlich das kapitalmarktrechtliche Haftungsregime verfeinert. Der Individualschutz wurde gestärkt. Anlegern stehen nach den neuen Normen Schadensersatzansprüche im Falle **unterlassener, verspäteter oder inhaltlich falscher Ad-hoc-Mitteilungen** zu. Allerdings richten sich diese Ansprüche nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut ausschließlich gegen den **Emittenten** der Wertpapiere, also die jeweilige **Gesellschaft**. Wenn diese – wie im Falle Infomatech AG – in Insolvenz gerät, sind derartige Schadensersatzansprüche ebenso wertlos wie die aufgrund der falschen Ad-hoc-Mitteilung gekauften Wertpapiere.

Anlegern ist jedenfalls zu raten, **Kaufentscheidungen** aufgrund von Ad-hoc-Mitteilungen **sorgfältig zu dokumentieren**. Es bietet sich z.B. an, in Beratungsgesprächen mit depotführenden Banken ausdrücklich auf Mitteilungen der Gesellschaften zu verweisen und dies in Besprechungsprotokollen festhalten zu lassen.

Vorstände von börsennotierten Aktiengesellschaften werden noch weniger als bisher die Bedeutung der Ad-hoc-Publizität unterschätzen. Wird eine Meldung veröffentlicht, so ist dafür Sorge zu tragen, daß diese einerseits knapp und präzise, andererseits aber vollständig und inhaltlich richtig informiert.

Dr. Markus Hageney

Handelsrecht: Haftungsrisiken durch unzureichende Firmierung

Für die Firmierung von Handelsunternehmen und Handelsgesellschaften gelten bereits seit 1. April 2003 verschärfte und **zwingende** Regelungen. Bei Kommanditgesellschaften, bei denen keine natürliche Person vollhaftender Komplementär ist (so genannte „GmbH & Co. KG“) wird erstaunlicherweise bis heute häufig das zwingende Erfordernis der Anpassung der Firmierung nicht umgesetzt. Es besteht augenscheinlich weit verbreitet die Fehlvorstellung, es genüge, eine solche Kommanditgesellschaft als „GmbH & Co.“ (und zwar ohne die ausdrückliche Angabe „KG“) zu bezeichnen und im Geschäftsverkehr auftreten zu lassen. Das aber reicht nicht aus.

§ 19 Abs. 2 Handelsgesetzbuch (HGB) sagt, daß bei einer Kommanditgesellschaft, in der keine natürliche Person persönlich haftet, eine Bezeichnung enthalten sein muß, „welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet“. Eine führende Gesetzeskommentierung meint, hierfür sei typisch die Angabe „GmbH & Co.“. Das ist auch sicher richtig so. Nur darf man dabei nicht stehen bleiben. Denn diese Angabe zeigt nur, daß der Komplementär eine GmbH ist, also eine haftungsbeschränkte Gesellschaft.

Außerdem ist aber noch, weil es sich um eine Kommanditgesellschaft handelt, die ausdrückliche weitere Vorschrift des § 19 Abs. 1 Nr. 3 HGB zu beachten: Die Firma einer **Kommanditgesellschaft muß** „die Bezeichnung ‚Kommanditgesellschaft‘ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung“ enthalten. Eine solche Abkürzung ist „KG“. **Beide** Erfordernisse sind zu beachten. Zusammen genommen bedeuten sie: „GmbH & Co. KG“.

Es ist nicht zwingend vorgeschrieben, daß beide Bezeichnungen so unmittelbar hintereinander geschaltet verwendet werden müßten. Jede Abweichung davon sollte aber sorgsam darauf geprüft werden, ob sie in irreführender Weise eben doch den Eindruck einer nicht vollständig haftungsbeschränkten Gesellschaftsform erwecken könnte.

Dann jedoch muß befürchtet werden, daß dies zu persönlicher Haftung sämtlicher Kommanditisten führt. Denn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muß man mit dem Risiko rechnen, daß **persönliche Haftung** dann eintritt, wenn nicht gesetzesgemäß auf die Haftungsbeschränkung hingewiesen wird.

Übrigens, was **kostet** die Anpassung, wenn die Firma ohne den Zusatz „KG“ bereits zulässigerweise vor dem 01.07.1998 eingetragen war und geführt wurde? Jedenfalls keine Notargebühren, weil (merkwürdigerweise) nicht einmal eine formlose Mitteilung zum Handelsregister erforderlich ist, jedenfalls aber keine notariell beglaubigte Anmeldung. Genau genommen müssen die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag ändern mit dem Beschluß, nunmehr die Firma mit dem Zusatz „KG“ zu führen. Von besonderer Bedeutung ist beim „Führen“ der Firma die Verwendung im Geschäftsverkehr, vor allem auf Briefbögen. Man sollte aber gleichwohl durch schlichte Nachricht an das Handelsregister mitteilen, wie das Unternehmen nun korrekterweise firmiert. Und dann sollte man natürlich auch die korrekte Firma führen.

Dr. Egon A. Peus

Gesellschaftsrecht: Was beim Vertragsschluß mit einer GbR zu beachten ist

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist durch den Bundesgerichtshof (BGH) seit einigen Jahren als „rechtsfähig“ anerkannt. Das gilt jedenfalls für GbRs, die mit eigenem Vermögen ausgestattet sind und am Wirtschaftsverkehr teilnehmen.

Zur **praktischen Handhabung** bei Vertragsabschlüssen sollte man sich aber mit dieser Feststellung nicht begnügen. Mindestens dann, wenn Verträge mit größerer wirtschaftlicher Bedeutung abgeschlossen werden, reicht es nicht aus, einfach die — irgendwie bezeichnete — GbR als Vertragspartner einzutragen ohne weitere Klarstellungen.

Denn es gibt kein amtliches Register, in dem eine GbR einzutragen wäre. Es gibt auch **kein Register**, in dem verlässlich eingetragen wäre, wer nun eigentlich Gesellschafter ist. Darauf aber muß es bei Vertragsabschluß ankommen: Denn eine Klage kann gegen die GbR nur erhoben werden, wenn mindestens ein Gesellschafter mit Vornamen, Nachnamen

und Adresse in der Klageschrift (oder im Mahnbescheid) angegeben ist – sonst sind Mahnbescheid und Klage nicht einmal zustellungsfähig. Vorsorglich sollte von **allen** Gesellschaftern Vorname, Name und Adresse in Erfahrung gebracht und dann gleich im Vertragsformular eingetragen werden. Denn sonst steht nicht fest, welche GbR (mit welchen Gesellschaftern) nun eigentlich Vertragspartner wird, welche Gesellschafter evtl. persönlich verklagt werden können und gegen wen später notfalls in das persönliche Privatvermögen aus einem erstrittenen Urteil vollstreckt werden kann. Später, wenn sich Streit entfaltet hat, wird kaum mit Auskünften zu rechnen sein. Selbst wenn die angeblichen Namen der Gesellschafter keine Sammelnamen sind (z.B. Müller und Meier GbR), sondern durchaus seltenere Vornamen auftauchen; selbst dann, wenn Nachnamen mit einem abgekürzten Vornamen (z.B. im ersten Buchstaben eines Vornamens) verwendet werden – in allen Fällen ist doch nicht sicher festzustellen, welche genaue Per-

son es ist. Manchmal tragen verschiedene Familienangehörige Vornamen mit gleichem Anfangsbuchstaben. Wenn es dann später an die Klageerhebung oder gar Vollstreckung aus einem Urteil geht, so ist dann leicht mit Ausflüchten zu rechnen, es sei nicht „Peter“, sondern „Paul“ mit „P. XY“ gemeint gewesen.

Außerdem sollten die Gesellschafter den Vertrag auch **unterzeichnen**, und zwar **möglichst alle Gesellschafter**. Ansonsten müßte darum gebeten

werden, daß die nicht selbst direkt mit zeichnenden Gesellschafter dem evtl. einzigen unterschreibenden Gesellschafter eine schriftliche Vollmacht geben und diese dann auch nachgewiesen wird.

An all diesen Erfordernissen ändert die so schön und vereinfachend klingende Entscheidung des BGH nichts, wonach die GbR „rechtsfähig“ ist.

Dr. Egon A. Peus

Gesellschaftsrecht: Nochmals: Verbotene Darlehensgewährung an Gesellschafter

Die bekannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.11.2003, die **Darlehensgewährungen verbotenen Auszahlungen** im Sinne des GmbH-Gesetzes gleichstellt, war Gegenstand eines Beitrags in der letzten Mandanteninformation und einer ausführlichen Darstellung beim Gesellschaftsrechtsfrühstück unserer Sozietät. Dabei hat sich herausgestellt, daß es in einem wesentlichen Punkt gelegentlich zu Mißverständnissen kommt.

Im Leitsatz des Bundesgerichtshofs ist die Rede von Kreditgewährungen, „**die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen**, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen“. Rücklagen oder Gewinnvorträge sind Bilanzposten im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen. Daraus ist der Schluß gezogen worden, es komme auf die letzte (festgestellte) Bilanz der GmbH an.

Das ist nicht richtig. Vielmehr ist maßgebend eine „**Quasi-Zwischenbilanz**“ zum Auszahlungszeitpunkt, nicht der letzte festgestellte Jahresabschluß. Etwas anderes wäre inkonsequent: Würde man nur auf den letzten festgestellten Jahresabschluß ab-

stellen, so könnte die Gesellschaft Auszahlungen ohne Verstoß gegen § 30 GmbH-Gesetz auch dann vornehmen, wenn **unterjährige Verluste** eingetreten sind. Das ist mit Sinn und Zweck der Norm schwerlich zu vereinbaren. Würde man Darlehen an den Gesellschafter aus **unterjährig erzielten Gewinnen** verbieten, wäre das nicht vereinbar damit, daß nach allgemeiner Auffassung Gewinnvorschüsse schon während des laufenden Geschäftsjahres grundsätzlich zulässig sind.

Aus dem BGH-Urteil ergibt sich nichts anderes. Mit den Tatbestandsvoraussetzungen einer verbotenen Auszahlung hat sich der Bundesgerichtshof nur insoweit befaßt, als es um die Frage ging, ob Darlehensgewährungen an den Gesellschafter den „verlorenen“ Auszahlungen gleichzustellen sind. Daß ein Gesetzesverstoß im Falle einer verlorenen Auszahlung vorgelegen hätte, wird in dem Urteil schlicht unterstellt; im Tatbestand finden sich dazu keine Feststellungen.

Dr. Andreas Eickhoff

Steuerrecht/Sozialversicherungsrecht: Jüngste Haftungsverschärfungen

Am 01.08.2004 ist das **Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit** und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung in Kraft getreten. Das Gesetz hat eine Reihe von Änderungen mit sich gebracht, die **auch außerhalb des Bereichs von Schwarzarbeit** beachtet werden müssen.

So ist ein Unternehmer seit dem 01.08.2004 verpflichtet, einem privaten Auftraggeber für **Leistungen im Zusammenhang mit einem Grundstück** (z.B. Bauleistungen, Gartenarbeiten, Instandhaltungsarbeiten in und an Gebäuden, Fensterputzen) eine schriftliche Rechnung zu erteilen. Bei Verstößen droht ein Bußgeld von bis zu 5.000,00 €. Der private Auftraggeber ist verpflichtet, die Rechnung sowie einen Zahlungsbeleg zwei Jahre lang

aufzubewahren. Verstöße sind mit einem Bußgeld von bis zu 500,00 € sanktioniert. Die Zollverwaltung hat das Recht, innerhalb der Aufbewahrungsfrist die Rechnungen und die Zahlungsbelege einzusehen.

Der Träger der gesetzlichen **Unfallversicherung** kann wegen Leistungen, die an einen verunfallten Schwarzarbeiter erbracht wurden, beim Auftraggeber Regreß nehmen. Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Auftraggebers kann allerdings auf die Geltendmachung des Regreßanspruchs auch ganz oder teilweise verzichtet werden. Diese Einschränkung wurde mit Rücksicht etwa auf Privatpersonen, die eine Putzfrau schwarz beschäftigen, in das Gesetz eingefügt.

Der **unrechtmäßige Bezug von Sozialleistungen** war bislang nur strafbar, wenn alle Tatbestandsmerkmale eines Betruges erfüllt waren. Jetzt reicht

es für eine Strafbarkeit aus, wenn aufgrund unrichtiger, unvollständiger oder unterlassener Angaben zu Unrecht Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch oder dem Asylbewerberleistungsgesetz erbracht werden.

Bislang machte sich ein Arbeitgeber nur dann strafbar und persönlich haftbar, wenn er den **Arbeitnehmeranteil zum Sozialversicherungsbeitrag** nicht an die Einzugsstelle abführte. Wurde in einer Krise des Unternehmens aufgrund unzureichender Liquidität also der Arbeitgeberanteil nicht gezahlt, bleibt dies folgenlos. Seit dem 01.08.2004 ist jedoch auch die Nichtabführung der **Arbeitgeberanteile** zum Sozialversicherungsbeitrag gemäß § 266 a StGB strafbar. Folge der Strafbarkeit ist, daß der Unternehmer bzw. der Geschäftsführer jetzt auch wegen des in strafbarer Weise nicht abgeführten Arbeitgeberbeitrags persönlich mit seinem privaten Vermögen haftet. Damit wird die Haftung des Unternehmers und des Geschäftsführers in der **Krise** der Gesellschaft weiter verschärft.

Eine weitere Verschärfung betrifft die **Kapitalertragsteuer**. Wenn eine AG oder eine GmbH Gewinne an ihre Gesellschafter ausschüttet, hat sie hiervon diese Steuer einzubehalten und abzuführen. Hierbei konnte die Gesellschaft bislang einen Liquiditätsvorteil in Anspruch nehmen. Denn die Kapitalertragsteuer war bislang erst zum 10. des auf die Dividendenzahlung folgenden Monats an die Finanzkasse zu zahlen. Diese Regelung hat der Gesetzgeber nun geändert. Für alle Dividenden, die nach dem 31.12.2004 ausgeschüttet werden, muß die Kapitalertragsteuer **im Zeitpunkt der Dividendenzahlung** abgeführt werden.

Die Geschäftsführung der ausschüttenden Gesellschaft muß also sicherstellen, daß im Zeitpunkt der Dividendenzahlung auch genügend Liquidität für die Zahlung der Kapitalertragsteuer vorhanden ist. Des weiteren muß auch die **Kapitalertragsteuererklärung** schon zu diesem Zeitpunkt fertiggestellt sein.

Dr. Volker Weinreich

Steuerrecht: Umsatzbesteuerung von Geschäftsfahrzeugen

Beim Geschäftsfahrzeug eines Unternehmers unterstellt das Finanzamt ebenso wie bei einem Dienstwagen, der einem Arbeitnehmer überlassen wird, daß das Fahrzeug auch für private Zwecke genutzt wird (sog. **gemischt genutztes Fahrzeug**). Der Unternehmer kann ein gemischt genutztes Fahrzeug insgesamt dem Betriebsvermögen zuordnen, wenn die unternehmerische Nutzung mindestens 10 % der gesamten Nutzung des Fahrzeugs beträgt. Die Regelungen über den **Vorsteuerabzug** für gemischt genutzte Fahrzeuge haben sich in der letzten Zeit mehrfach geändert.

Ursache des Problems ist, daß der Gesetzgeber für ab dem 01.04.1999 angeschaffte Fahrzeuge den Vorsteuerabzug auf die Anschaffungs- und Unterhaltungskosten auf 50 % reduzierte. Umgekehrt mußte für den Wert der privaten Nutzung anders als zuvor keine Umsatzsteuer mehr gezahlt werden. Der Gesetzgeber mußte jedoch bald erkennen, daß die Beschränkung des Vorsteuerabzugs gegen **europäisches Recht** verstieß. Die Bundesregierung beantragte deshalb beim Rat der EU eine **Ausnahmegenehmigung**, die rückwirkend ab dem 01.04.1999 erteilt wurde und bis zum 31.12.2002 befristet war. Der Bundesfinanzhof hielt die Vorsteuerbeschränkung gleichwohl für EU-rechtswidrig und legte die Regelung dem EuGH zur Überprüfung vor. Der EuGH erklärte die Beschränkung des Vorsteuerabzugs mit Urteil vom 29.04.2004 zwar als aufgrund der Genehmigung des EU-Rates wirksam, allerdings nicht, soweit die Genehmigung **rückwirkend** erteilt worden war. Die Genehmigung endete ihrerseits mit Ablauf der Befristung zum 31.12.2002, da die Bundesregierung keine Verlängerung bean-

tragte. Zum 01.01.2004 wurde die Einschränkung des Vorsteuerabzugs sodann vom Gesetzgeber ersatzlos **gestrichen**. Wir sind also wieder bei der Regelung angelangt, die vor dem 01.04.1999 galt.

Folge ist, daß für die umsatzsteuerliche Behandlung nunmehr zwischen **fünf verschiedenen Zeiträumen zu differenzieren** ist: dem Zeitraum vor dem 01.04.1999 (Inkrafttreten der ersten Neuregelung), dem Zeitraum zwischen dem 01.04.1999 und dem 04.03.2000, dem Zeitraum zwischen dem 05.03.2000 und dem 31.12.2002 (Laufzeit der Ausnahmeregelung), dem Jahr 2003 (europarechtswidrige Regelung ohne Ausnahmeregelung) und der Zeit seit dem 01.01.2004 nach Rückkehr zum alten System. Das führt zu den hübschesten Konsequenzen. Am Beispiel eines zwischen dem 01.04.1999 und dem 04.03.2000 angeschafften Fahrzeuges dargestellt: Der Unternehmer hat ein Wahlrecht. Entweder nimmt er entsprechend der deutschen gesetzlichen Regelung nur die Hälfte des Vorsteuerabzugs in Anspruch und muß dann für die private Nutzung des Wagens keine Umsatzsteuer zahlen. Oder er beruft sich auf die EU-Rechtswidrigkeit der Vorsteuerabzugsbeschränkung, macht die volle Vorsteuer geltend und zahlt für die private Nutzung Umsatzsteuer. Ab dem 01.01.2003 kann der Unternehmer erneut entscheiden, ob er weiterhin nur die halbe oder aber die volle Vorsteuer auf die laufenden Fahrzeugkosten geltend macht. Hatte er bei der Anschaffung nur die halbe Vorsteuer abgezogen, hat er ein weiteres Wahlrecht: Er kann es hierbei belassen oder aber den Vorsteuerabzug berichtigen und nachträglich die volle Vorsteuer auf die Anschaffungskosten abziehen. Dann muß er ab Berichtigung

Umsatzsteuer auf den Anteil der privaten Nutzung an den Anschaffungskosten des Fahrzeugs zahlen. Alternativ kann der Unternehmer es auch bei der nur hälftigen Inanspruchnahme der Vorsteuer auf die Anschaffungskosten belassen und die volle Vorsteuer nur auf die laufenden Unterhaltsaufwendungen ab dem 01.01.2003 geltend machen. Er muß dann auch nur wegen dieser Kosten den privaten Nutzungsanteil versteuern. Ab dem 01.01.2004 wiederum ist die Vorsteuer auf die laufenden Unterhaltsaufwendungen für das Fahrzeug in voller Höhe abzugsfähig und für den privaten Nutzungsanteil Umsatzsteuer zu zahlen. Wurde wegen der Anschaffungskosten des Fahrzeugs nur

die halbe Vorsteuer abgezogen, hat der Unternehmer erneut das Wahlrecht, den Vorsteuerabzug zu berichtigen oder es beim hälftigen Vorsteuerabzug zu belassen.

Trösten Sie sich, falls Sie das alles nicht verstanden haben: Der Bundesfinanzminister hat sich veranlaßt gesehen, die Rechtslage in einem Schreiben vom 27.08.2004 zu erläutern. Dort finden Sie die Einzelheiten. Zu Risiken und Nebenwirkungen dieser ganz besonderen Art der Steuervereinfachung fragen Sie bitte Ihren Finanzminister.

Dr. Volker Weinreich/Dr. Andreas Eickhoff

Steuerrecht: Gewerbs- und bandenmäßige Steuerhinterziehung verfassungswidrig?

§ 370 a AO stellt die gewerbsmäßig oder als Mitglied einer „Bande“ begangene Steuerhinterziehung unter eine besonders schwere Strafandrohung. Wendet man freilich die übliche Definition gewerbsmäßigen Handelns auch auf § 370 a AO an, stellt sich nahezu jede Steuerhinterziehung als gewerbsmäßige Tat dar. Der für Steuerstrafrecht zuständige 5. Strafsenat des BGH hat die Kritik an § 370 a AO nunmehr aufgegriffen und entschieden, daß der Tatbestand **zu unbestimmt** und die Norm deshalb **verfassungswidrig** sei. Die Verfassungswidrigkeit einer Gesetzesvorschrift kann zwar nur das Bundesverfassungsgericht rechtsverbindlich feststellen. Der Bundesfinanzhof hat jedoch von einer Vorlage an

das Bundesverfassungsgericht abgesehen, weil im entschiedenen Fall das erstinstanzliche Urteil bereits aus anderen Gründen rechtswidrig war und deshalb aufgehoben werden mußte.

Wer von einem Steuerstrafverfahren betroffen ist, das auch wegen des Verdachts einer gewerbs- oder bandenmäßigen Steuerhinterziehung geführt wird, sollte sich gleichwohl darauf berufen, daß § 70 a AO nach der Auffassung des zuständigen Fachsenats des BGH verfassungswidrig ist.

Dr. Volker Weinreich

Allgemeines Zivil- und Handelsrecht: Verjährung droht zum 31. Dezember 2004

Vor nunmehr knapp drei Jahren, zum 01.01.2002, ist die Schuldrechtsreform („Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“) in Kraft getreten. Neben den Änderungen z. B. im Mängelrecht des Kauf- und Werkvertrages, die heute im Geschäftsverkehr in der Regel routinemäßige Berücksichtigung finden, ist eine weiterer Bereich grundlegend geändert worden: Das Verjährungsrecht. Im Rahmen der Schuldrechtsreform hat der Gesetzgeber die sog. **Regelverjährung** von 30 Jahren auf **drei Jahre** herabgesetzt. Die dreijährige Verjährungsfrist ersetzt nicht nur die früher geltende 30-jährige Frist, sondern auch die kürzeren Fristen, die nach altem Recht für eine Vielzahl von Forderungen galten, insbesondere für **Forderungen aus Lieferungen und Leistungen**.

Maßgeblich für den Beginn ist nicht der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs, sondern – neben dem Wissen um den Anspruch und die Person des Schuldners – der Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Die Verjährungsfrist eines vertraglichen Anspruchs, z.B. einer Kaufpreisforderung, der im Laufe des Jahres 2004 entstanden ist, beginnt z.B. am 01.01.2005 zu laufen und endet am 31.12.2007.

Bei Forderungen, die ab dem 1. Januar 2002 entstanden sind, dürfte die neue Verjährungsfrist bei einem ordnungsgemäßen Forderungsmanagement Berücksichtigung finden. Vorsicht ist jedoch bei Forderungen geboten, die **vor diesem Stichtag** entstanden sind. Der Gesetzgeber wollte bei der Schaffung der neuen Verjährungsregeln ein Nebeneinander von altem und neuem Recht vermeiden und hat deshalb Übergangsvorschriften geschaffen: Nach den Übergangsvorschriften ist die **neue** dreijährige **Verjährungsfrist** mit Beginn vom 01.01.2002 **auch auf Altforderungen** anzuwenden, es sei denn, die nach altem Recht geltende Verjährungsfrist lief ab früher als die Verjährung nach neuem Recht. Im Ergebnis gilt im Zweifel also die Regelung, die zu einer früheren Verjährung führt. Damit verjährt beispielsweise eine Kaufpreisforderung im geschäftlichen Verkehr aus dem Jahre 2001, die nach altem Recht am 31.12.2005 **verjährt** wäre, nach neuem Recht am 31.12.2004, also ein Jahr **früher**.

Es scheint daher geboten, in den folgenden Wochen eine **Bestandsaufnahme** der **Altforderungen** aus der Zeit vor dem 01.01.2002 zu machen. An-

schließlich ist zu überprüfen, ob für diese Forderungen eine Ausnahmenvorschrift eingreift oder ob sie der Regelverjährung von drei Jahren unterfallen. Gilt letzteres, müssen bis zum Jahreswechsel unbedingt verjährungshemmende Maßnahmen ergriffen werden. In Betracht kommt hierbei, den Schuldner zum Verzicht auf die Geltendmachung der Verjährung zu bewegen (§ 202 Abs. 2 BGB). Vielfach wird der Schuldner aber nicht zu einer solchen Erklärung zu bewegen sein. Empfehlenswert – und vom Willen des Schuldners unabhängig – ist die **gerichtliche Geltendmachung**. Die Verjährung zum Jahresende läßt sich auf diese

Weise verhindern. Bei einem obsiegenden rechtskräftigen Urteil bleiben dann wiederum dreißig Jahre Zeit, den Anspruch - notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung - durchzusetzen.

Um Mißverständnisse zu vermeiden, weisen wir abschließend darauf hin, daß die „regelmäßige“ Frist nicht für alle Ansprüche gilt, so insbesondere nicht für Ansprüche wegen Mängeln im Kauf- und Werksvertragsrecht. Hier gelten Sonderregeln, und insbesondere gilt nicht die sog. Jahresendverjährung.

Dr. Christoph Schäfer

Insolvenzrecht: Risiken des Lieferanten bei einem einfachen, verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt

Im Geschäftsleben stellt sich häufig die Frage, wie sich eine Vertragspartei, die vorleistungspflichtig ist, gegen die Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners absichern kann. Meist wird dabei zur Sicherung von Warenlieferungen im Rahmen von Lieferbedingungen ein einfacher, verlängerter und/oder erweiterter Eigentumsvorbehalt vereinbart. Mit dem **einfachen Eigentumsvorbehalt** behält sich der Lieferant das Eigentum an der Ware bis zur vollständigen Bezahlung seiner Forderung vor. Mit dem **verlängerten Eigentumsvorbehalt** räumt der Lieferant dem Besteller das Recht ein, die Ware auch vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises an einen Dritten zu veräußern, wenn gleichzeitig die Kaufpreisforderung des Bestellers gegen den Dritten an ihn im Voraus abgetreten wird. Mit dem **erweiterten Eigentumsvorbehalt** behält sich der Lieferant das Eigentum an der von ihm gelieferten Ware nicht nur bis zur Bezahlung der mit der Warenlieferung unmittelbar verbundenen Forderung vor, sondern sichert auch andere Forderungen, meist aus früheren Warenkreditgeschäften, ab.

Allerdings erweist sich ein verlängerter und/oder erweiterter Eigentumsvorbehalt als „stumpfes Schwert“, wenn dieser durch die Lieferbedingungen nicht wirksam in den Vertrag mit dem Besteller einbezogen worden ist. Die wirksame Einbeziehung der eigenen Lieferbedingungen des Lieferanten in den Vertrag wird insbesondere dann fraglich, wenn der Besteller, z. B. bei der Auftragserteilung, auf seine eigenen **Einkaufsbedingungen** Bezug nimmt. Sollten nämlich die Einkaufsbedingungen des Bestellers eine so genannte „qualifizierte **Abwehrklausel**“ (z.

B.: „anderslautende Bedingungen – soweit sie nicht in dieser gesamten Bestellung festgelegt sind – gelten nicht.“) enthalten, wird nach ständiger Rechtsprechung des BGH ein im Rahmen der Lieferbedingungen vereinbarter verlängerter Eigentumsvorbehalt nicht Bestandteil des Vertrages. Widersprechen sich einzelne Regelungen ausdrücklich, werden diese Klauseln ebenfalls nicht Bestandteil und es gilt die gesetzliche Regelung. Inwiefern dies auch für den erweiterten Eigentumsvorbehalt gilt, ist durch die Rechtsprechung noch nicht eindeutig geklärt. Überwiegend wird aber vertreten, daß für den erweiterten Eigentumsvorbehalt dieselben Grundsätze wie für den verlängerten Eigentumsvorbehalt gelten sollen.

Ein einfacher Eigentumsvorbehalt kann dagegen auch bei einander widersprechenden AGB vom Lieferanten einseitig durchgesetzt werden. Jedoch ist die Schutzwirkung des einfachen Eigentumsvorbehalts gering.

Handlungsempfehlung: Sollte sich im Falle der Insolvenz des Vertragspartners ein durch AGB vermeintlich vereinbarter verlängerter und/oder erweiterter Eigentumsvorbehalt als unwirksam erweisen, kann dies schwerwiegende Folgen haben. Dementsprechend sollte nach Möglichkeit ein verlängerter und/oder erweiterter Eigentumsvorbehalt **individualvertraglich**, d. h. außerhalb der AGB, mit dem Vertragspartner vereinbart werden. Diese Vereinbarung wäre gegenüber AGB vorrangig und daher wirksam.

Dr. Thomas Huesmann

Insolvenzrecht: Haftungsfälle bei umsatzsteuerlicher Organschaft

Im Falle einer umsatzsteuerlichen Organschaft zwischen mehreren Unternehmen ist insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Insolvenz eines der Unternehmen Vorsicht geboten. Ist eine juristische Person (Organgesellschaft) finanziell, wirtschaftlich und

organisatorisch in ein anderes Unternehmen (Organträger) eingegliedert, was auch bei einer Betriebsaufspaltung mit selbstständigem Wirtschaftsbetrieb des Organträgers der Fall sein kann, besteht eine umsatzsteuerliche Organschaft. Das Merkmal

der **organisatorischen Eingliederung** wird zumeist durch eine Personidentität der Geschäftsführung der Organgesellschaft und des Organträgers erfüllt.

Die umsatzsteuerliche Organschaft führt dazu, daß der **Organträger alleiniger Steuerschuldner** der Umsatzsteuer auch für die von der Organgesellschaft begründeten Umsatzsteuerverbindlichkeiten ist. Die Organgesellschaft haftet wiederum für die vorgenannte Umsatzsteuerschuld des Organträgers.

Die umsatzsteuerliche Organschaft und damit die Schuld des Organträgers auch für die Umsatzsteuerverbindlichkeiten der Organgesellschaft **enden** nicht bereits mit einer Insolvenzantragstellung durch die Organgesellschaft und/oder der Bestellung eines sogenannten schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters, sondern erst **mit der Bestellung** eines sogenannten starken vorläufigen Insolvenzverwalters oder mit der **Insolvenzeröffnung**.

Zwischen der Insolvenzantragstellung und der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Organgesellschaft können mehrere Monate vergehen. Die bis zur Insolvenzeröffnung begründeten Umsatzsteuer-

verbindlichkeiten der insolventen Organgesellschaft sind folgerichtig von dem Organträger zu zahlen. Etwaige Erstattungsansprüche dürften sich aufgrund der Insolvenz der Organgesellschaft nicht mehr durchsetzen lassen, so daß erhebliche Vermögensnachteil für den Organträger drohen.

Der Versuch, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt des Insolvenzverfahrens einen sogenannten vorläufigen starken Insolvenzverwalter durch das Gericht einsetzen zu lassen, stellt keine sichere Lösungsmöglichkeit dar, da das Gericht an etwaige Vorschläge nicht gebunden ist.

Da die Verfahrensweise des Gerichtes nicht zu prognostizieren ist, sollte bereits vor der Insolvenzantragstellung sichergestellt werden, daß die umsatzsteuerliche Organschaft durch entsprechende Maßnahmen beendet wird. Daneben sollte in einer wirtschaftlichen Krise bei der Überlegung, einen Insolvenzantrag zu stellen, im Einzelfall überdacht werden, ob noch Rechnungen vor der Insolvenzantragstellung gestellt werden.

Dr. Thomas Huesmann

Wettbewerbsrecht: Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Am 08.07.2004 ist das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft getreten. Einerseits hat der Gesetzgeber zahlreiche bereits in der Vergangenheit von der **Rechtsprechung** entwickelte **Grundsätze** ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen. Insoweit hat die Rechtslage keine wesentliche Änderung erfahren. Die Regelungen dienen insoweit aber einer **verbesserten Transparenz** gerade im Interesse derer, die über keine speziellen wettbewerbsrechtlichen Kenntnisse verfügen. Andererseits enthält das neue UWG aber auch materiell-rechtliche sowie verfahrensrechtliche Neuerungen. Der folgende Beitrag soll einen kurzen Überblick über die Änderungen bieten, insbesondere soweit sie aus unternehmerischer Sicht von Interesse sind.

Insgesamt ist im Wettbewerbsrecht eine deutliche **Liberalisierungstendenz** festzustellen, die teilweise auch auf eine europarechtliche Harmonisierung zurückgeht. So wurden bereits im Jahre 2001 das Rabattgesetz und die Zugabeverordnung abgeschafft und der Wirtschaft so eine größere Freiheit im Hinblick auf Preisnachlässe und Zugaben gewährt. Das neue UWG setzt diese Liberalisierungstendenz fort. Eine wesentliche Liberalisierung stellt der ersatzlose **Wegfall des Sonderveranstaltungsrechts** dar. Bisher waren Sonderveranstaltungen, insbesondere Jubiläums-, Räumungs- sowie Sommer- und Winterschlußverkäufe nur in sehr eingeschränkten Grenzen zulässig. Räumungsverkäufe waren vor ihrem Beginn der zuständigen Indus-

trie- und Handelskammer anzuzeigen. Das alles ist mit Inkrafttreten des neuen UWG ersatzlos weggefallen. Dementsprechend werden nunmehr Preisreduzierungen des Gesamtsortiments oder eines Teilsortiments – auch wenn die Reduzierungen nur für einen kurzen Zeitraum gelten -, Jubiläums- oder Geburtstagsverkäufe oder andere Sonderverkaufsaktionen grundsätzlich **zulässig** sein. Räumungsverkäufe sind **nicht mehr anzeigepflichtig**. Gleichwohl bleibt es empfehlenswert, die rechtliche Zulässigkeit der konkreten Gestaltung von Sonderverkäufen überprüfen zu lassen. So können z.B. Sonderverkäufe, die nur für eine extrem kurze Dauer durchgeführt werden, eine unzulässige Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des Kunden beinhalten. Unzulässig sind irreführende Angaben über den Anlaß des Verkaufs. Bedeutung hat diese Vorschrift z.B. bei Angaben über die Dauer des Bestehens eines Unternehmens im Falle eines Jubiläumsverkaufs.

Zu beachten sind auch die Bestimmungen über **Verkaufsförderungsmaßnahmen**. Die Teilnahme an Preisausschreiben und Gewinnspielen darf nie vom Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht werden (sogenanntes Kopplungsverbot). Die Bedingungen für die Teilnahme an Gewinnspielen oder Preisausschreiben mit Werbecharakter müssen klar und eindeutig geregelt sein ebenso wie die Bedingungen über die Gewährung von Zugaben oder Geschenken.

Obwohl der Gesetzgeber zahlreiche von der Rechtsprechung zur Ausfüllung der Generalklauseln des früheren UWG gebildete Fallgruppen nunmehr in das Gesetz als Regelbeispiele integriert hat, bleibt es auch bei den bisher schon bekannten Generalklauseln. Besonders wichtig ist § 5 Abs. 1 UWG n.F. Danach handelt wettbewerbsrechtlich unlauter, wer irreführend wirbt. Im Bereich der Irreführung hat der Gesetzgeber insbesondere folgende Regelbeispiele ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen:

- Unrichtige Angaben über Merkmale der angebotenen Waren oder Dienstleistungen einschließlich deren Verfügbarkeit und Zwecktauglichkeit
- Unrichtige Angaben über den Anlaß des Verkaufs und den Preis oder die Art der Berechnung
- Verbot der Mondpreiswerbung. In diesem Sinne ist die Werbung mit einem herabgesetzten Preis irreführend und unzulässig, sofern der Ausgangspreis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist. Beweispflichtig ist der mit der Preisherabsetzung Werbende.
- Lockvogelangebote. In diesem Sinne liegt eine unzulässige Irreführung vor, wenn für Waren oder Dienstleistungen geworben wird, die nicht in angemessener Menge zur Befriedigung der zu erwartenden Nachfrage vorgehalten werden. Im Regelfall ist ein Vorrat für zwei Tage ausreichend.

Im Zusammenhang mit dem Irreführungsverbot wird die Rechtsprechung die Zulässigkeit von **Dauer-rabatten** zu prüfen haben. Wird ein Rabatt über einen längeren Zeitraum hinweg eingeräumt, dürfte sich der verlangte Preis als Normalpreis darstellen. Dies könnte zur Folge haben, daß die fortdauernde Werbung für den Rabatt unzulässig wird, da gar kein Rabatt mehr vorliegt.

Öffentliches Wirtschaftsrecht: Beschaffungsvorgänge zwischen Kommunen ausschreibungspflichtig

Wann die öffentliche Hand (bspw. eine Gemeinde, eine Universität oder ggf. ein öffentlich beherrschtes Unternehmen in privater Rechtsform etc.) Aufträge **ausschreiben** muß, regeln – wenn der Auftragswert gewisse **Schwellenwerte** überschreitet (Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 200.000,00 Euro; Bauaufträge: 5,0 Mio. Euro) – die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß nicht jeder Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers auszuschreiben ist, sondern nur solche Verträge, die **mit „Unternehmen“ geschlossen werden** sollen. Der Umkehrschluß hieraus lautet, daß lediglich rein innerstaatliche Vorgänge (Beispiel: Die Stadt beauf-

tragt die eigene Müllentsorgungsgesellschaft mit der Abfuhr von Hausabfällen) kein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren erfordern.

- Werbung entgegen den Willen des Empfängers
- Telefonanrufe ohne Einwilligung (im unternehmerischen Bereich kann eine mutmaßliche Einwilligung des angerufenen Unternehmers im Einzelfall angenommen werden)
- Telefax- oder E-Mail-Werbung (Spam) ohne Einwilligung des Empfängers
- Werbung über elektronische Kommunikationsmittel unter Verschleierung der Identität des Absenders

Im Bereich der **Rechtsfolgen** wettbewerbswidrigen Handelns ist vor allem der neue **Gewinnabschöpfungsanspruch** gemäß § 10 UWG n.F. zu nennen. Gemäß § 10 UWG n.F. kann der vorsätzlich wettbewerbswidrig Handelnde auf Herausgabe des erzielten Gewinns in Anspruch genommen werden. Anspruchsberechtigt sind allerdings nur rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, qualifizierte Verbraucherschutzeinrichtungen und Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern. Der abgeschöpfte Gewinn ist an den Bundeshaushalt herauszugeben. Ob von diesem neuen wettbewerbsrechtlichen Instrument viel Gebrauch gemacht werden wird, bleibt abzuwarten. Der Gewinnabschöpfungsanspruch mag aber Veranlassung sein, gerade auch zukünftig die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Werbemaßnahmen und Verkaufsaaktionen durch Einholung fachkundigen Rats überprüfen zu lassen, um das Risiko, auf Herausgabe des erzielten Gewinns in Anspruch genommen zu werden, zu minimieren.

Dr. Martin Alberts

Bislang nicht abschließend geklärt war in diesem Zusammenhang, ob auch dann keine Ausschreibungspflicht vorliegt, wenn eine Kommune sich dazu entscheidet, eine **Nachbargemeinde** mit der Erbringung von Dienstleistungen zu beauftragen. Hier wurde zum Teil argumentiert, daß auch diese Konstellation den rein innerstaatlichen Kompetenzbereich nicht verläßt und somit kein Vertrag mit einem „Unternehmen“ geschlossen würde. Das **Oberlandesgericht Düsseldorf** hat diese Frage

nun in einem grundlegenden **Beschluß vom 5. Mai 2004**, in dem es konkret um die Entsorgung von Altpapier ging, gegenteilig beantwortet.

Nach der Entscheidung des OLG können Kommunen untereinander **ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens keine Verträge** schließen, wenn es sich bei dem Vertragsgegenstand um **marktgängige Leistungen** handelt. Wesentlich war für das OLG insoweit, daß die betroffene Nachbargemeinde außerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches tätig werden sollte und so als Leistungserbringerin einen **Markt betreten** würde, auf dem sich Unternehmen der privaten Wirtschaft in einem Wettbewerb um öffentliche Aufträge bewegen. Die **Nachbargemeinde** habe sich daher wie ein privater Marktteilnehmer verhalten. Dies führe dazu, auch diese **als „Unternehmen“** im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB anzusehen und einen ausschreibungspflichtigen „öffentlichen Auftrag“ zu bejahen. Der rein innerstaatliche, ausschreibungsfreie Bereich sollte also nach Auffassung des Vergabese-nats verlassen werden.

Eine andere Beurteilung könne – wie das Oberlandesgericht weiter ausführte – auch nicht daraus resultieren, daß die handelnden Gemeinden einen **öffentlich-rechtlichen Vertrag** nach den Regelungen des nordrhein-westfälischen Gesetzes über

die kommunale Zusammenarbeit schließen wollten. Einerseits stehe seit einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahr 1999 (sog. „Teckal-Entscheidung“) fest, daß eine **Ausschreibungspflicht nicht allein deshalb entfallen könne**, wenn es um öffentlich-rechtliche anstatt – wie üblich – um privatrechtliche Verträge gehe. Andererseits seien die Ausnahmeregelungen für die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts bundesrechtlich abschließend im GWB definiert. Eine weitere Ausnahme könne daher nicht das nordrhein-westfälische Landesrecht darstellen, da andernfalls das Vergaberecht zur Disposition des Landesgesetzgebers stände.

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle zweierlei: Erstens gilt es für Vergabestellen und für potentielle Teilnehmer an Vergabeverfahren, die Entscheidungspraxis zur generellen **Reichweite des Vergaberechts sorgsam zu beobachten**. Zweitens wird zukünftig bei Fragen der interkommunalen Zusammenarbeit verstärkt auf den Umstand der „Marktgängigkeit“ der Leistung zu achten sein. Wann eine solche vorliegt, bedarf einer konkreten Einzelfallprüfung. Hier ist zu fragen, ob die Leistung ebenso durch Private erbracht werden könnte. So dies der Fall ist, empfiehlt sich, **grundsätzlich eine Ausschreibung durchzuführen**.

Stefan Mager

Vergaberecht: Ausschluß vom Vergabeverfahren bei „Mischkalkulation“

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat vor kurzem ein Grundsatzurteil erlassen, welches erhebliche Folgen für die Angebotserstellung im Vergabeverfahren haben dürfte. Gegenstand war die unter Bietern weitverbreitete Praxis, bei der Einreichung von Angeboten bestimmte Positionen des Leistungsverzeichnisses auf einen Einheitspreis von 0,01 Euro „abzupreisen“ und über das „Aufpreisen“ anderer Positionen zu einer sogenannten „Mischkalkulation“ des Angebots zu gelangen. Das OLG Düsseldorf hatte diese Vorgehensweise im November 2003 für unzulässig erklärt. Das Kammergericht (Berlin) war – in Übereinstimmung mit der Mehrheit der Oberlandesgerichte – anderer Meinung und legte die Frage dem BGH zur Entscheidung vor. Dieser schloß sich nun der Auffassung des OLG Düsseldorf an und entschied, daß **Angebote**, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in „Mischkalkulationen“ auf andere Leistungspositionen umlegt, **grundsätzlich von der Wertung auszuschließen** seien.

Zur Begründung verwies der BGH auf Bestimmungen der VOB/A, wonach solche Angebote nicht gewertet werden dürfen, die **nicht die von der Vergabestelle geforderten Erklärungen enthal-**

ten. Daraus sei mit Blick auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung insbesondere das Erfordernis abzuleiten, jeden in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Preis wie gefordert vollständig mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht werde. Im Falle einer „Mischkalkulation“ benenne der Bieter jedoch nicht die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen der ausgeschriebenen Leistungen, sondern „verstecke“ sie in der Gesamtheit seines Angebots. Dies mache es der Vergabestelle unmöglich, die **Wirtschaftlichkeit des Angebots** im Vergleich zu anderen Angeboten auf **transparenter und alle Bieter gleichbehandelnder Grundlage** zu bewerten, so daß ein solches Angebot von der Wertung auszuschließen sei. Demgegenüber hatte beispielsweise das OLG Dresden noch kurz vor dem Urteil des BGH entschieden, es gebe „weder eine Rechtsgrundlage noch eine praktische Notwendigkeit dafür“, den Bietern Mischkalkulationen bei Androhung des Ausschlusses von der Angebotswertung zu untersagen.

Für die Bieter bedeutet die Entscheidung des BGH einen erheblichen Mehraufwand bei der Erstellung der Angebote. Insbesondere können auch einzelne

Leistungspositionen, deren Kosten vorab nur schwer im Einzelnen zu kalkulieren sind - etwa Servicekosten bei Lieferverträgen – nicht mehr in die Gesamtkosten eingerechnet werden. Angesichts der dras-

tischen Rechtsfolge - Ausschluß von der Wertung - ist eine **erhöhte Sorgfalt bei der Angebotserstellung** dringend anzuraten.

Dr. Andreas Lotze

Arbeitsrecht: Neue sozialrechtliche Einschränkungen für den Abwicklungsvergleich

Eines der wichtigsten Instrumente zur Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses war bisher der nach Ausspruch einer Kündigung abgeschlossene **Abwicklungsvergleich**, mit dem der Arbeitnehmer gegen Zahlung einer Abfindung die Wirksamkeit der Kündigung anerkennt. Im Verhältnis zum Aufhebungsvertrag bietet er gleich mehrere Vorteile: der Arbeitnehmer erhält die Abfindung, an der ihm vorrangig gelegen ist; der Arbeitgeber vermeidet einen risikobehafteten Prozeß. Insbesondere aber wurde bisher allgemein die Auffassung vertreten, daß der Arbeitnehmer nicht mit der Verhängung einer Sperrzeit für den Bezug von Arbeitslosengeld rechnen mußte.

Eine **Sperrzeit von drei Monaten** sowie eine Verkürzung der Gesamtbezugsdauer von Arbeitslosengeld wird gemäß S. § 144 Abs. 1 Ziff. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) III durch die Agentur für Arbeit verhängt, wenn der Arbeitnehmer sein **Beschäftigungsverhältnis ohne wichtigen Grund gelöst** und dadurch grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat. „Lösen“ bedeutet die aktive Mitwirkung an der Beendigung insbesondere durch Eigenkündigung oder Abschluß eines Aufhebungsvertrages. Die Hinnahme einer Arbeitgeberkündigung dagegen stellt kein Lösen dar; ein Arbeitnehmer muß sich gegen eine Kündigung jedenfalls dann nicht wehren, wenn sie nicht offensichtlich unwirksam ist. Die herrschende Meinung sah daher bisher Abwicklungsverträge, die nach einer arbeitgeberseitigen Kündigung abgeschlossen wurden, nur dann als problematisch an, wenn aufgrund besonderer Umstände – beispielsweise einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen Kündigung und Abwicklungsvertrag – die Vermutung gerechtfertigt war, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich schon vor Ausspruch der Kündigung über die Beendigung einig waren und somit nur eine Scheinkündigung ausgesprochen worden war. Bei einem hinreichend langen Zuwarten – in der Regel bis kurz vor Ablauf der Klagefrist – konnte der Arbeitnehmer sich in der Regel darauf verlassen, im Anschluß an das Beschäftigungsverhältnis Arbeitslosengeld zu erhalten.

Das Bundessozialgericht (BSG) hat sich in einer jetzt veröffentlichten Entscheidung vom 18.12.2003 auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Nach diesem Urteil löst ein Arbeitnehmer das Beschäftigungsverhältnis auch dann im Sinne des § 144 Abs. 1 SGB III, wenn er nach Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung innerhalb der Frist für

die Erhebung der Kündigungsschutzklage eine Vereinbarung über die Hinnahme der Kündigung trifft. Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag werden damit als gleichwertig angesehen. Eine Sperrzeit kann damit nur noch vermieden werden, wenn der Arbeitnehmer beweisen kann, daß ein wichtiger Grund für das Lösen vom Beschäftigungsverhältnis und für den Abschluß der Vereinbarung vorlag. Auf einen solchen kann er sich nach Auffassung des Bundessozialgerichtes grundsätzlich nur berufen, **wenn die Arbeitgeberkündigung objektiv rechtmäßig war**. Damit ist die Arbeitsagentur jetzt berechtigt und verpflichtet, zu prüfen, ob die ausgesprochene Kündigung sozial gerechtfertigt war. Es gibt bereits neue Dienstanweisungen, nach denen die Entscheidung umgesetzt wird.

Für den Arbeitgeber hat dies die Konsequenz, daß ein Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Abwicklungsvereinbarung heute schwerer denn je zu erreichen ist, da seine wirtschaftliche Existenz für die ersten 3 Monate nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht gewährleistet ist.

Als alternative Gestaltungsmöglichkeit bietet sich der Abschluß des **Vergleiches** – mit identischem Inhalt - **in einem arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren** an. Das BSG hat in seiner Entscheidung angedeutet, daß gerichtliche Vergleiche nach wie vor akzeptiert werden, wenn sie nicht bereits im Vorfeld abgesprochen waren. Auch eine **Abfindungslösung nach dem neuen § 1a KSchG**, bei der der Arbeitgeber bereits in der Kündigungserklärung für den Fall des Verstreichens der Klagefrist eine Abfindung anbietet, soll nach herrschender Rechtsauffassung keine Sperrzeit auslösen. Dem hat sich auch die Bundesagentur für Arbeit angeschlossen und entsprechende Dienstanweisungen erlassen.

Schließlich besteht als Alternative zu einem durch beide Vertragsparteien unterzeichneten Vergleich die Möglichkeit, daß der Arbeitgeber die Zahlung einer Abfindung unter der Voraussetzung anbietet, daß der Arbeitnehmer nicht innerhalb der 3-Wochen-Frist Klage erhebt. Dadurch wird dieser nicht gezwungen, aktiv am Vergleichsschluß mitzuwirken, sondern kann die **Vereinbarung durch Hinnahme der Kündigung wirksam werden lassen**. Ob diese Gestaltung durch das BSG akzeptiert werden wird, bleibt allerdings abzuwarten.

Da der Arbeitgeber bei falscher Auskunft über sozialversicherungsrechtliche Folgen einer Vereinbarung auf Schadenersatz haftet (zuletzt entschieden durch Urteil des BAG vom 10.02.2004), sollte auch in der Einigungsverhandlung darauf geachtet werden, den Arbeitnehmer hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Folgen auf die Agentur für

Arbeit zu verweisen und ihn nicht fehlerhaft zu belehren. Ratsam ist insbesondere auch die Aufnahme eines Hinweises in einem Abwicklungsvertrag, daß über seine Folgen nicht beraten werden kann und nicht beraten worden ist.

Inken Hansen

Arbeitsrecht: Zulässigkeit von Vertragsstrafen in Formulararbeitsverträgen

Häufig werden in **Formulararbeitsverträgen** Vertragsstrafenabreden zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber für den Fall eines Nichtantritts des Arbeitsverhältnisses, einer Lösung des Arbeitsverhältnisses unter Vertragsbruch oder ein sonstiges schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, welches zu einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers führt, vereinbart.

Während in der Vergangenheit die Zulässigkeit solcher Vertragsstrafenabreden außer Zweifel stand, ist durch die Einfügung der Regelungen des AGB-Gesetzes in das BGB die Zulässigkeit derartiger Vertragsstrafenabreden im Rahmen von Formulararbeitsverträgen von der Literatur und der Rechtsprechung in Zweifel gezogen worden.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einer Entscheidung vom 04.03.2004 (BAG 8 AZR 196/03) demgegenüber festgestellt, daß Vertragsstrafenabreden in Formulararbeitsverträgen **nicht aus AGB-rechtlichen Gründen unzulässig** sind, da aus der angemessenen Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten die grundsätzliche Zulässigkeit von Vertragsstrafenabreden folge.

Die Unwirksamkeit solcher Vereinbarung könne sich – so das BAG – lediglich aufgrund einer unangemessenen Benachteiligung nach BGB ergeben. Eine solche unangemessene Benachteiligung wird

vom BAG nicht generell angenommen, sondern lediglich dann, wenn eine **zu hohe** Vertragsstrafe vereinbart wird.

Dies soll dann der Fall sein, wenn die Höhe der Vertragsstrafe über der für die Dauer der Kündigungsfrist liegenden Vergütung des Arbeitnehmers vereinbart wird. Dies ist insbesondere in Fällen von Bedeutung, in denen eine Kündigung vor Dienstantritt nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde oder aber – speziell in der Probezeit – eine Kündigungsfrist von zwei Wochen gilt. Wenn in einem solchen Fall eine Vertragsstrafe in Höhe eines Monatsgehaltes vereinbart wird, wird dies vom BAG als unwirksam angesehen. Das BAG weist in seiner Entscheidung ausdrücklich darauf hin, daß eine geltungserhaltende Reduktion, d.h. eine Herabsetzung der Vertragsstrafe auf angemessene Höhe, in diesen Fällen nicht zulässig sei.

Hieraus folgt, daß auch nach der Schuldrechtsreform Vertragsstrafen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich vereinbart werden können. Der Arbeitgeber muß im Rahmen der Höhe der Vertragsstrafe jedoch die **Angemessenheit** beachten. Zulässig sind nach der Entscheidung des BAG demnach in jedem Fall Vertragsstrafen, die sich am Lauf der Mindestkündigungsfrist orientieren.

Dr. Achim Tempelmann

In den einzelnen Beiträgen können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine gründliche Rechtsberatung! Sollten Sie feststellen, daß Sie im Einzelfall Beratungs- oder Handlungsbedarf haben, so bitten wir Sie, Ihren vertrauten Anwalt bei AULINGER Rechtsanwälte anzusprechen oder sich an eines unserer Büros in Bochum oder Essen zu wenden.

Für Fragen, Anregungen und Kritik zu diesem Mandantenrundsreiben stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung.

Redaktion: Dr. Andreas Eickhoff

Büro Bochum:
ABC-Straße 5 | 44787 Bochum
Telefon: +49 (234) 68 77 9-0
Telefax: +49 (234) 68 06 42
eMail: info-bochum@ra-aulinger.de

Dr. Leonhard Aulinger, Notar a.D.
Reinhard Knälmann, Notar
Hans-Jochen Hütter, Notar
Dr. Karlheinz Lenkaitis, Notar
Dr. Egon A. Peus, Notar
Dr. Matthias Koch
Dr. Andreas Eickhoff, Notar

Dr. Volker Weinreich, Notar
Dr. Achim Tempelmann
Dr. Thomas Huesmann
Dr. Norbert Koch
Dr. Markus Haggene
Inken Hansen

Büro Essen: "Villa Bredeney"
Frankenstraße 348 | 45133 Essen
Telefon: +49 (201) 95 98 6-0
Telefax: +49 (201) 95 98 6-99
eMail: info-essen@ra-aulinger.de

Dr. Andreas Lotze
Dr. Martin Alberts
Dr. Christian Stenneken
Stefan Mager

Internet: www.ra-aulinger.de