

Mandanteninformation

3/2005

Inhalt		
Schenkung-/Erbrechtsteuerrecht	Mögliche gesetzliche Neuregelungen	1
Schenkung-/Erbrechtsteuerrecht	Zur Begünstigung von Grund- und Betriebsvermögen	2
Steuerrecht/Wirtschaftsstrafrecht	Nützliche Aufwendungen im Straf- und Steuerrecht	3
Gesellschaftsrecht	Zur Haftung des Geschäftsführers einer in Deutschland tätigen englischen Limited	5
Gesellschafts-/Insolvenzrecht	Cash Pooling in der Insolvenz - Anfechtbarkeit von Zahlungen der Finanzierungsgesellschaften an Konzerngläubiger	6
Insolvenzrecht	Mehr Transparenz zum Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit	7
Öffentliches Vergaberecht	Grundsatzentscheidung des OVG Rheinland-Pfalz: Auch Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte sind gerichtlich überprüfbar	7
Privates Baurecht	Der öffentliche Auftraggeber trägt die dem Auftragnehmer entstehenden Mehrkosten aus der Verzögerung der Auftragsvergabe infolge eines Nachprüfungsverfahrens	8
Kartellrecht	GWB-Novelle in Kraft – Etwaige Nichtigkeit von Vertriebs-/Händlervereinbarungen	9
Arbeitsrecht	Bundesarbeitsgericht eröffnet Gestaltungsspielräume für Personalabbaumaßnahmen	10

In eigener Sache

Seit dem 1. September 2005 ist Frau **Dr. Melanie Koch** als Rechtsanwältin in unserem Essener Büro tätig. Ihr Arbeitsschwerpunkt liegt im Handels- und Gesellschaftsrecht. Daneben wird Frau Dr. Koch auch medizinrechtliche Fragestellungen bearbeiten.

Ab dem 1. Oktober 2005 wird Rechtsanwalt **Stephan Löwisch, LL.M.**, unser Büro in Bochum verstärken. Herr Löwisch bringt anwaltliche Berufserfahrung aus mehrjähriger Tätigkeit in einer renommierten mittelständischen Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft mit.

Diese und unsere früheren Mandanteninformationen haben wir für Sie auch in elektronischer Form im Internet bereitgestellt. Von unserer Homepage www.ra-aulinger.de können Sie unter der Rubrik „Publikationen“ die Dokumente herunterladen. Gleichzeitig können Sie sich dort auch für die regelmäßige Zusendung unserer Mandanteninformation in elektronischer Form anmelden — natürlich für Sie kostenlos.

Schenkung-/Erbrechtsteuerrecht: Mögliche gesetzliche Neuregelungen

Unabhängig von der im Jahre 2006 zu erwartenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der Begünstigung von Immobilien- und Betriebsvermögen liegen den Gesetzgebungsorganen u. a. zwei im Wesentlichen inhaltsgleiche Gesetzentwürfe der Bundesregierung und des Freistaats Bayern vor, über die über die Parteigrenzen hinweg Einigkeit zu bestehen scheint. Es muss daher damit gerechnet werden, dass diese Entwürfe im Wesentlichen der Neufassung des Schenkung-/Erbrechtsteuergesetzes

zugrunde gelegt werden und – verfassungsrechtlich zulässig – im Jahre 2006 mit Rückwirkung ab 01.01.2006 in Kraft treten könnten.

Unabhängig von der Höhe des Erwerbs soll sog. **nicht produktives Betriebsvermögen** überhaupt nicht mehr begünstigt sein. Nicht produktives Vermögen soll u. a. sein:

- Geld und Geldforderungen gegenüber Kreditinstituten sowie vergleichbare Forderungen (also

wohl auch Bankguthaben von Unternehmen, im Einzelnen bleibt vieles unklar!)

- Wertpapiere, Beteiligungen von 25 % und darunter an Kapitalgesellschaften
- In der Rechtsform von sog. gewerblich geprägten GmbH & Co. KGs gehaltene, fremd vermietete oder verpachtete Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte sowie Seeschiffe, Flugzeuge etc, also auch Beteiligungen an solchen Gesellschaften (Steuersparmodelle), aber auch an vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaften.

Es empfiehlt sich daher, nicht produktives Vermögen im vorgenannten Sinne, insbesondere Beteiligungen an Grundbesitz haltenden, gewerblich geprägten GmbH & Co. KGs, noch vor dem 01.01.2006 zu übertragen, wenn dies ohnehin kurz- oder mittelfristig beabsichtigt ist.

Im Übrigen unterscheiden die Entwürfe zwischen Erwerben bis 100 Mio. € und über 100 Mio. € Steuerwert (vor Freibetrag und Bewertungsabschlag gem. § 13 a ErbStG). Für Erwerbe über 100 Mio. € bleibt es bei den Begünstigungen des § 13 a ErbStG (Freibetrag von 225.000,00 € und Bewertungsabschlag von 35 %) und § 19 a ErbStG (Besteuerung nach Steuerklasse I unabhängig vom Verwandtschaftsgrad). Für Erwerbe bis 100 Mio. € sollen die Privilegien des § 13 a und 19 a ErbStG nicht mehr gelten. An deren Stelle tritt eine **Stundungs- und Erlöschenregelung** in der Weise, dass 10 % der festgesetzten Erbschaft-/Schenkungssteuer für jedes Jahr, in dem der Erwerber das Betriebsvermögen fortführt, erlassen werden, so dass nach Ablauf von 10 Jahren die festgesetzte Erbschaft-/Schenkungssteuer insgesamt erlischt.

Anteile an Kapitalgesellschaften von mehr als 25 % sollen nicht mehr, wie derzeit, nach dem sog. Stuttgarter Verfahren, sondern mit dem anteiligen Wert des Betriebsvermögens (Steuerbilanzwert) bewertet werden, was vor allem für ertragsstarke Kapitalgesellschaften (insbesondere Dienstleistungsunternehmen) regelmäßig günstiger ist.

Erbschaft-/Schenkungssteuer: Zur Begünstigung von Grund- und Betriebsvermögen

Das nach wie vor geltende deutsche Schenkungs- und Erbschaftsteuerrecht **privilegiert** den Erwerb von **Grund- und Betriebsvermögen** von Todes wegen und im Wege der Schenkung. Für Immobilien gilt der sog. Bedarfswert, der auf der Grundlage der tatsächlich erzielten bzw. ortsüblichen Nettomiete ermittelt wird und regelmäßig geringer ist als der „gemeine Wert“ (Verkehrswert). Betriebsvermögen wird mit den Steuerbilanzwerten bzw. bei Kapitalgesellschaften nach dem sog. Stuttgarter Verfahren bewertet und ist durch die §§ 13 a und 19 a ErbStG (Bewertungsabschlag von 35 %, Freibetrag von 225.000 € und Steuerklasse I unabhängig vom

Die Neuregelungen sollen auch für im EU-Ausland gelegenes Vermögen gelten, weil eine Differenzierung gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstoßen würde.

Aus der Umstellung auf die Stundungsregelung bei gleichzeitig höherer Bewertung ist die Empfehlung abzuleiten, auch Übertragungen unter Lebenden, die infolge des Freibetrages von 225.000,00 € und des Bewertungsabschlages von 35 % ohne steuerliche Auswirkungen bleiben, noch im Jahre 2005 zu vollziehen, obwohl sie durch die Stundungsregelung auch zukünftig begünstigt sind. Denn nach der **derzeitigen Regelung** gilt nur eine **Haltefrist** des Übernehmers von **fünf Jahren**, bei der Neuregelung entfällt dagegen die Schenkung-/Erbschaftsteuer erst nach 10 Jahren.

Bei gewerblichen Unternehmen ist die zu erwartende neue Stundungsregelung keinesfalls immer günstiger. Eine Schlechterstellung kann insbesondere dadurch eintreten, dass nicht produktives Vermögen ausgeschlossen ist und dass sich wegen der Zusammenrechnung mit gleichzeitig übergehendem nicht begünstigtem Vermögen (z. B. Privatvermögen) und der Aufteilung der festzusetzenden Steuer nach dem Verhältnis der Steuerwerte zueinander für das nicht begünstigte Vermögen eine höhere, sofort fällige Schenkung-/Erbschaftsteuer ergeben kann.

Es kommt hinzu, dass Umstrukturierungen, Teilveräußerungen oder Überentnahmen innerhalb der 10-jährigen Haltefrist zum ganzen oder teilweisen Wegfall der Stundung führen können. Im Einzelnen ist in den Gesetzentwürfen noch vieles unklar.

Daher muss in **jedem Einzelfall** geprüft werden, ob die **derzeitige** oder die **geplante Regelung günstiger** ist. Prüfungs- und Beratungsbedarf besteht vor allem bei Anteilen an gewerblich geprägten Personengesellschaften, Unternehmen mit hohen liquiden Mitteln, gewerblichen Unternehmen bzw. Beteiligungen, bei denen die Übertragung nach derzeitiger Rechtslage ohne steuerliche Auswirkung bleibt und bei der Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften.

Reinhard Knälmann

Verwandtschaftsgrad) zusätzlich begünstigt. Ob es bei diesen Begünstigungen bleibt, ist angesichts verfassungsrechtlicher Zweifel und geplanter Neuregelungen des Gesetzgebers (vgl. dazu den vorstehenden Beitrag) offen. Jedoch gilt es auch nach geltendem Recht, Fallstricke zu vermeiden.

Im **Ausland** gelegene Immobilien und im Ausland gelegenes Betriebsvermögen werden anders als inländische Vermögenswerte mit dem gemeinen Wert bewertet (§ 12 Abs. 6 ErbStG i. V. m. § 31 Bewertungsgesetz). Nach Art. 56 Abs. 1 EG-Vertrag (Kapitalverkehrsfreiheit) ist aber gemeinschafts-

rechtlich verboten jede nationale Regelung, die die Entscheidungsfreiheit, im Inland oder Ausland zu investieren, durch die Erhebung je nach Anlageort unterschiedlicher Erbschaftsteuer für wertmäßig identische Vermögensübergänge wesentlich behindern. Im Anschluss an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache Barbier vom 11.12.2003 muss deswegen nach allgemeiner Auffassung im Schrifttum im EU-Ausland gelegenes Grund- oder Betriebsvermögen schenkung- und erbschaftsteuerlich genauso wie inländisches Vermögen bewertet werden. Entsprechende Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFH) und/oder des EuGH werden allgemein erwartet. Es empfiehlt sich daher, **Steuerbescheide**, in denen im Ausland gelegenes Grund- oder Betriebsvermögen mit dem Verkehrswert angesetzt worden ist, **nicht bestandskräftig** werden zu lassen.

Bei der Schenkung von Geld zum Zwecke des Erwerbs steuerlich niedrig bewerteter Vermögensgegenstände ist anerkannt, dass nicht der Nominalwert des geschenkten Geldbetrages, sondern der mit dem geschenkten Geld zu erwerbende Vermögensgegenstand Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer ist, wenn bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden, insbesondere der zu erwerbende Vermögensgegenstand im Schenkungsvertrag genau bestimmt ist (sog. **mittelbare Schenkung**). Der BFH hat jedoch entschieden, dass die Begünstigungen des ErbStG für Betriebsvermögen nicht gewährt werden, wenn Geld zum Zwecke des Erwerbs einer Beteiligung an einer **Kapitalgesellschaft** geschenkt wird, und zwar auch dann, wenn die zu erwerbende Beteiligung mehr als 25 % der Kapitalgesellschaft ausmacht. Denn nach dem Gesetzeswortlaut sei der Erwerb von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nur dann begünstigt, wenn **der Schenker selbst** im Zeitpunkt der Schenkung zu mehr als 25 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt sei. Das sei bei einer von einem Dritten zu erwerbenden Beteiligung nicht der Fall, so dass der Nominalwert des geschenkten Geldbetrages Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer sei. Anderes begünstigtes Betriebsvermögen, z. B. eine Beteiligung an einer **Personengesellschaft**, kann im Wege einer mittelbaren Schenkung von einem Dritten schenkung-

steuerbegünstigt erworben werden, weil hierfür nach dem Gesetzeswortlaut nicht Voraussetzung ist, dass der Schenker ganz oder teilweise Inhaber dieses Betriebsvermögens ist. Bei beabsichtigten Erwerben von Beteiligungen an einer **Kapitalgesellschaft** im Wege der mittelbaren Schenkung empfiehlt es sich demnach, dass der **Schenker** die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft **zunächst selbst erwirbt** und diese anschließend schenkweise überträgt. Hat die Kapitalgesellschaft Grundbesitz, sind dabei allerdings mögliche grunderwerbsteuerliche Folgen zu beachten.

Beteiligungen an Gesellschaften werden häufig **treuhänderisch** gehalten. Das gilt vor allem – aber nicht nur – für Steuersparmodelle, also Beteiligungen an Kapitalanlagegesellschaften, Schiffs-, Flugzeug- oder Immobilienfonds. Inhaber der Beteiligung ist als Treuhänder für die Anleger in solchen Fällen regelmäßig der Initiator oder eine eigens hierfür gegründete GmbH. Nach einem sog. koordinierten Ländererlass vom 14.06.2005 sollen künftig die für die Übertragung von Betriebsvermögen geltenden **Begünstigungen nicht mehr gewährt** werden, wenn lediglich die **Treugeberposition** des Anlegers auf den Erwerber übergeht. Denn die Abtretung des Herausgabeanspruchs des Treugebers gegen den Treuhänder an den Erwerber sei kein begünstigtes Vermögen im Sinne der vorgenannten Vorschriften. Daraus folge, dass die Übertragung schenkung-/erbschaftsteuerlich mit dem **Verkehrswert** der Beteiligung – also auch nicht mit den Steuerbilanzwerten ohne Abzug von Bewertungsabschlag und Freibetrag (!) – anzusetzen sei. Der Erlass soll für alle nach dem 01.07.2005 begründeten Treuhandbeteiligungen und für vor diesem Zeitpunkt begründete Treuhandverhältnisse dann gelten, wenn sie nach dem 30.06.2006 übertragen werden bzw. im Erbwege übergehen, die Steuer also nach diesem Zeitpunkt entsteht. Es ist also zu empfehlen, vor der Übertragung/Vererbung von treuhänderisch gehaltenen Beteiligungen das **Treuhandverhältnis aufzulösen**, die Beteiligung selbst zu übernehmen und für eine entsprechende Eintragung im Handelsregister zu sorgen.

Reinhard Knälmann

Steuerrecht/Wirtschaftsstrafrecht: Nützliche Aufwendungen im Straf- und Steuerrecht

In den letzten Wochen häufte sich in der Presse die Berichterstattung über **Ermittlungen wegen Korruptionsverdachts** in bekannten deutschen Unternehmen. Dies ist der sichtbare Beleg dafür, dass Staatsanwaltschaft und Steuerfahndung die in den letzten Jahren wesentlich verschärfte Rechtslage zur Bekämpfung der Korruption umzusetzen. Viele Unternehmen haben noch gar nicht realisiert, dass die jahrzehntelang geübte Praxis, die Geschäftstätigkeit vor allem im Ausland durch als „Nützliche Aufwendungen“ umschriebene Zuwendungen an Mitarbeiter der Geschäftspartner und der örtlichen

Behörden zu erleichtern, inzwischen hart bestraft wird.

Bis zum 31.12.1995 war die Korruption nur strafbar, wenn es um Zuwendungen an **inländische** Amtsträger ging. Zuwendungen an Mitarbeiter eines privaten Unternehmens wurden als unlauterer Wettbewerb angesehen und nur dann bestraft, wenn es sich um ein inländisches Unternehmen handelte und die Zuwendung eine unlautere Bevorzugung des Leistenden im Wettbewerb bezweckte. Die Strafbarkeit war in diesem Fall nicht im Kernstraf-

recht des Strafgesetzbuchs (StGB) geregelt, sondern im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Steuerlich waren die Zuwendungen als **Betriebsausgaben** abzugsfähig, sofern der Empfänger benannt wurde. Meist gab sich der Betriebsprüfer damit zufrieden, wenn ihm nachgewiesen wurde, dass die Zahlung an einen im Inland nicht steuerpflichtigen Ausländer geflossen war. Mit Wirkung ab dem 01.01.1996 wurde jedoch in § 4 Abs. 5 Nr. 10 des Einkommensteuergesetzes (EStG) ein Abzugsverbot für Schmiergelder eingeführt. Die Zuwendung ist seitdem selbst dann nicht mehr als Betriebsausgabe abzugsfähig, wenn der Empfänger benannt wird. Das Abzugsverbot lief jedoch zunächst in der Praxis weitgehend leer, da es voraussetzte, dass der Zuwendende oder der Zuwendungsempfänger wegen der Tat rechtskräftig verurteilt worden war; hieran fehlte es meist.

Durch das am **20.08.1997** in Kraft getretene **Korruptionsbekämpfungsgesetz** wurde die Angestelltenbestechung als neuer Paragraph 299 in das StGB übernommen und damit strafrechtlich „aufgewertet“. Die Vorschriften über die Vorteilsgewährung und die Bestechung von Amtsträgern wurden ergänzt (§§ 333, 334 StGB). Zum **10.09.1998** wurde die Strafbarkeit durch das **EU-Bestechungsgesetz** auf die Bestechung von Amtsträgern der Europäischen Union und aller EU-Mitgliedsstaaten ausgedehnt. Anders als im Inland ist aber nur die Bestechung, also die Zuwendung für die Vornahme einer rechtswidrigen Diensthandlung, nicht aber die Vorteilsgewährung, also die Zuwendung für die Vornahme einer rechtmäßigen Diensthandlung, erfasst.

Mit Wirkung ab dem **01.01.1999** wurde § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG geändert. Für das **Verbot des Abzugs als Betriebsausgabe** reicht jetzt die abstrakte Strafbarkeit der Schmiergeldzahlung aus. Es ist nicht mehr erforderlich, dass einer der Tatbeteiligten auch tatsächlich verurteilt wird. Es muss vielmehr der Finanzbeamte entscheiden, ob seiner Meinung nach die Tatbestandsvoraussetzungen eines Korruptionsdeliktes erfüllt sind. In diesem Fall hat er den Betriebsausgabenabzug zu versagen. Darüber hinaus ist er verpflichtet, den Verdacht der zuständigen Staatsanwaltschaft mitzuteilen; das **Steuergeheimnis** ist also **eingeschränkt worden**.

Am **15.02.1999** trat sodann das **Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung** in Kraft. Die Bestechung eines Amtsträgers oder eines Abgeordneten eines beliebigen **ausländischen** Staates ist jetzt in Deutschland strafbar. Hierdurch wurde automatisch auch der Anwendungsbereich des steuerlichen Abzugsverbotes erweitert. Mit Wirkung ab dem **30.08.2002** wurde die Strafbarkeit der **Angestelltenbestechung** auf **Taten im Ausland** ausgedehnt. Strafbar ist die Angestelltenbestechung jetzt auch dann, wenn im Ausland geschmiert wird. Weitere Folge ist, dass die Zuwendungen nicht mehr als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen.

Handelt es sich um einen **Auslandssachverhalt**, ist die Tat in Deutschland strafbar, wenn sie in Deutschland **begangen**, also beispielsweise das Schmiergeld hier gezahlt wurde. Hat ein Deutscher zur Korruption angestiftet oder Beihilfe hierzu geleistet, ist die Tat im Inland strafbar, wenn die Anstiftungshandlung oder die Hilfeleistung hier vorgenommen wurden.

Die Einbeziehung der Zuwendungen im Ausland in die deutsche Strafbarkeit hat viele Unternehmen hart getroffen. Es gibt nämlich Länder, in denen Zuwendungen an die maßgeblichen Personen vor Ort in einem Maße üblich sind, dass dort anders kein Auftrag gewonnen oder abgewickelt werden kann. In diesen Ländern wird auch der Wettbewerb, dessen Schutz die Korruptionsstrafbarkeit bezweckt, durch die Zuwendungen nicht beeinflusst, da jeder Unternehmer, der sich dort betätigen will, gleichermaßen schmieren muss. Für ein Land wie Deutschland, das sich selbst gern als „Exportweltmeister“ feiert und einen großen Teil seines Wohlstands im Ausland erwirtschaftet, ist diese Rechtslage fatal. Gleichwohl ist mit Erleichterungen nicht zu rechnen. Wie alle anderen Staaten steht die Bundesrepublik unter der Beobachtung internationaler Organisationen hinsichtlich der Regelungen zur Bekämpfung von Korruption. Der Unterschied zu anderen Staaten ist nur, dass solche Regelungen in Deutschland auch konsequent angewendet werden. Zwar ist den Staatsanwälten und Steuerprüfern bekannt, dass in zahlreichen Ländern Geschäfte ohne Nützliche Aufwendungen undenkbar sind. Dies kann aber nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, nicht jedoch die Strafbarkeit insgesamt beseitigen.

Werden die nützlichen Aufwendungen als Betriebsausgabe gebucht, liegt auf Grund des Abzugsverbotes neben dem Korruptionsdelikt auch eine **Steuerhinterziehung** vor. Die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung kann durch eine rechtzeitig erstattete Selbstanzeige beseitigt werden. Diese führt aber nicht zur Strafbefreiung wegen des Korruptionsdeliktes. Bei der Formulierung der Selbstanzeige muss daher besondere Sorgfalt angewandt werden, um mit ihr nicht gleichzeitig auch ein Korruptionsdelikt zu gestehen.

Wird wegen der Tat ermittelt, erfährt dies in aller Regel auch der Geschäftspartner. Dies führt im öffentlichen, meist aber auch im privatwirtschaftlichen Bereich zu einem Abbruch der Geschäftsverbindung und zu einer Sperre für künftige Aufträge. Hinzu kommen **Schadensersatzansprüche**. Die Anforderungen der Gerichte an den Nachweis des entstandenen Schadens sind gering, denn dem Arbeitgeber des Geschmierten kommt die Vermutung zugute, dass der Preis zuvor um das Schmiergeld erhöht wurde. So fallen die Aufwendungen ein zweites Mal an, können jetzt aber nicht mehr als nützlich für den Fortgang der Geschäftsverbindung angesehen werden.

Soweit keine Schadensersatzansprüche bestehen, ordnet das Strafgericht gemäß § 73 StGB den **Verfall** dessen an, was aus der Tat erlangt wurde. Noch nicht endgültig geklärt ist, was im Sinne des

§ 73 StGB aus der Tat „erlangt“ worden ist. Einige Autoren vertreten die Meinung, dass es sich hierbei nicht nur um den Gewinn, sondern um den Umsatz aus dem durch Korruption geförderten Geschäft handele. Der **Verfall** kann also **wirtschaftlich** betrachtet **weit gefährlicher** sein als die drohende Bestrafung wegen einer Korruptionsstraftat.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach der derzeitigen Rechtslage in Deutschland nur

- die Vorteilsgewährung an einen ausländischen Amtsträger oder Abgeordneten als Belohnung für die Vornahme einer rechtmäßigen Diensthandlung,

- die durch einen Deutschen im Ausland als Täter oder Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) begangene Bestechung eines Amtsträgers, Abgeordneten oder Angestellten, wenn die Tat im ausländischen Staat nicht mit Strafe bedroht ist,
- belohnende Zuwendungen nach der Auftragserteilung sowie
- die durch einen Ausländer im Ausland begangene Tat

strafrechtlich irrelevant sind. Die früheren **Strafbarkeitslücken** sind mittlerweile also **nahezu vollständig geschlossen** worden.

Dr. Volker Weinreich

Gesellschaftsrecht: Zur Haftung des Geschäftsführers einer in Deutschland tätigen englischen Limited (Ltd.)

Ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 14. März 2005 befasst sich damit, ob ein „**director**“ (also **Geschäftsführer**) einer nach englischem Recht mit formalem Registersitz in England gegründeten Ltd. für deren Verbindlichkeiten **persönlich haftet**, wenn sie ihre Geschäfte nur in Deutschland betreibt. Die Vorinstanz hatte den director zur Zahlung der vertraglichen Gegenleistungen, die er namens der „U. Ltd.“ abgeschlossen hatte, verurteilt. Das Urteil wurde aufgehoben. Dieses Urteil ist in der Öffentlichkeit missverstanden worden. Manche Veröffentlichungen erwecken den Eindruck, als habe der BGH die persönliche Haftung des director abgelehnt. Das trifft nicht zu. Der BGH hat nur im Kern zwei Dinge gesagt: Aus den rechtlichen Gründen, die die Vorinstanz für eine persönliche Haftung hatte genügen lassen, haftet der director nicht. Der BGH hat aber nicht etwa die Klage abgewiesen, sondern wies auf durchaus in Betracht kommende Rechtsgrundlagen für eine persönliche Haftung des directors hin. Das Landgericht hatte diese nur bisher nicht gesehen und muss die Prüfung nachholen.

Abgelehnt hat der BGH eine Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbH-Gesetzes. Danach haftet ein Geschäftsführer persönlich, wenn er für eine GmbH gehandelt hat, die gar nicht im Handelsregister eingetragen ist (und auch nicht wird). Der BGH verneint diese Haftung: Die „U. Ltd.“ sei nicht etwa eine Art „verunglückte“ und nicht im Handelsregister eingetragene „GmbH“, sondern nach der Vorgabe des Europäischen Gerichtshofs allein schon wegen ihrer Registereintragung in England eine **voll gültige** und auch in Deutschland als solche **anzuerkennende** Limited. Für diese haftete aber ein Geschäftsführer nicht deswegen, weil die Ltd. nicht (auch) im deutschen Handelsregister eingetragen war. Das deutsche Handelsgesetzbuch (HGB) verpflichtet zwar dazu, eine Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft im örtlich zuständigen deutschen Handelsregister anzumelden und eintragen zu lassen. Wenn, so bei einem deutschen

„Gründer“/Einzelunternehmer und zugleich „director“ anzunehmen, die Geschäftsführung in Deutschland stattfindet und gerade deswegen hier wenigstens eine Zweigniederlassung anzunehmen ist, so führt der Verstoß gegen die Verpflichtung aber ebenfalls nicht zur persönlichen Haftung des directors. Denn – so der BGH – das Gesetz sehe hierfür nur die Möglichkeit eines Zwangsgelds durch das Registergericht vor.

Aber die Vorinstanz muss neu den Fall überprüfen. Denn der BGH hat ausdrücklich (und auffällig) zum Schluss seines Gesetzes darauf hingewiesen, dass mindestens aus zwei weiteren Gründen der Geschäftsführer persönlich für Verbindlichkeiten der Ltd. haften könne: Einerseits komme in Betracht, dass nach dem maßgeblichen englischen (Gesellschafts-)Recht und auch weiteren englischen Rechtsvorschriften der Direktor persönlich haften. Nach englischem Recht haftet der Direktor einer Limited sehr viel strenger und frühzeitiger persönlich, als ein Geschäftsführer einer deutschen GmbH. Ihm droht schon dann persönliche Haftung, wenn er namens der Ltd. **Verpflichtungen** eingeht, bei denen er ernsthaft **besorgen** muss, dass die Ltd. sie **nicht aus eigenen Mitteln fristgerecht** wird **bezahlen** können. Das liegt bei vielen schwachbrüstigen Gesellschaften weit vor dem nach deutschem Recht maßgeblichen Stichtag der Insolvenzreife für die Pflicht, einen Insolvenzantrag für eine GmbH zu stellen. Wenn der BGH der deutschen Vorinstanz die Aufgabe gestellt hat, gerade auch Haftungstatbestände des materiellen englischen Rechts zu prüfen, so scheint der BGH mindestens mit der Möglichkeit zu rechnen, dass ein deutsches Gericht auch direkt den director zur persönlichen Zahlung nach englischen Haftungsgrundsätzen verurteilen kann, und nicht etwa eine Tätigkeit eines englischen Insolvenzverwalters abgewartet werden muss. Außerdem, so der BGH, kommt auch in Betracht, dass der „director“ nach deutschem Recht der **unerlaubten Handlung** persönlich haftet. Hierzu hat der BGH in jüngerer Zeit das Instrument

der Schadensersatzhaftung „für sittenwidrige Schädigung“, § 826 BGB, aktiviert mit dem Stichwort des „existenzgefährdenden Eingriffs“. Darüber hinaus kann nach deutschem Recht eine Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers/directors auch deswegen eintreten, weil er bei Abschluss von Verträgen für die Limited gar nicht erwarten konnte, dass diese die Verbindlichkeiten würde bezahlen können. Das ist nach „normalem“ deutschen Strafrecht ein so genannter Eingehungsbetrug, und der Täter haftet dann persönlich auf Schadensersatz.

Es besteht der Eindruck, dass in jüngerer Zeit mancher „kapitalschwache“ Einzelunternehmer sich fragt, ob er nicht ohne größeren Liquiditätsaufwand,

also ohne Aufbringung eines Stammkapitals von mindestens 12.500,00 € (bei einer Zwei-Personen-Gründung einer GmbH) für seine Tätigkeit eine englische „Ltd.“ gründen und benutzen kann. Persönliche Haftung von **Gesellschaftern** ist im englischen Gesellschaftsrecht zwar möglich, steht aber nicht so im Vordergrund wie nach der deutschen Rechtsprechung zur GmbH. Dem Einzelunternehmer wird aber wenig anderes übrig bleiben, als sich selbst zum „director“ zu bestellen. Dann allerdings treffen ihn persönlich Haftungsrisiken, die wohl noch weit über diejenigen eines deutschen GmbH-Geschäftsführers hinausgehen.

Dr. Egon Peus

Gesellschaftsrecht/Insolvenzrecht: Cash Pooling in der Insolvenz - Anfechtbarkeit von Zahlungen der Finanzierungsgesellschaft an Konzerngläubiger

Mit seiner viel beachteten Entscheidung vom 24.11.2003 hat der gesellschaftsrechtliche Senat des Bundesgerichtshof (BGH) ausführlich Stellung zu Darlehen einer Gesellschaft an ihre Gesellschafter bezogen. Dem Urteil wurde vielfach eine restriktive Haltung des BGH gegenüber **konzernweiten Cash Management-Systemen** entnommen (vgl. unsere Mandanteninformationen Mai und November 2004). Diese Einschätzung scheint sich nun durch ein Urteil des für insolvenzrechtliche Sachverhalte zuständigen Senats des BGH vom 03.03.2005 zu bestätigen.

In Rahmen eines gruppeninternen Cash Pools hatte eine GmbH für ihre wirtschaftlich angeschlagene **Schwestergesellschaft** deren Verbindlichkeit gegenüber einer Krankenkasse erfüllt. Die zahlende Gesellschaft fiel in die **Insolvenz**; der Insolvenzverwalter konnte die an die Krankenkasse geleistete Zahlung – immerhin 100 TDM – im Wege der Insolvenzanfechtung zurückerlangen. Für den Erfolg der Klage kam es darauf an, ob die Zahlung **unentgeltlich** erfolgt war. Im Falle unentgeltlicher Leistungen gelten längere Anfechtungsfristen. Darüber hinaus wird anders als bei anderen Anfechtungstatbeständen auf objektive Kriterien abgestellt. Die subjektive Sicht der Beteiligten ist nicht entscheidend.

Der BGH führte aus, die Zahlung an den Sozialversicherungsträger sei „unentgeltlich“ erfolgt. Da der **Zahlungsempfänger** gleichsam „beschenkt“ worden sei, sei er **nicht schutzwürdig**. Dahinter steht folgende Überlegung: Eine Leistung ist „unentgeltlich“, wenn dem Leistenden keine entsprechende Gegenleistung zufließt. Durch Einbindung der Schuldnerin in einen **Cash Pool** kommt es zu einem **Dreipersonenverhältnis**, in dem das zahlende Unternehmen ohne eigene vertragliche Beziehung zum Zahlungsempfänger eine Leistung auf die Schuld eines Dritten erbringt. Der konzernfremde Zahlungsempfänger verliert seinerseits durch die Zahlung seinen Zahlungsanspruch gegen seine eigentliche Schuldnerin. War dieser **Anspruch werthaltig**, so gibt der Zahlungsempfänger einen Vermögenswert auf, der als „Entgelt“ im in-

solvenzrechtlichen Sinn für den Zahlungseingang anzusehen ist.

Anders aber hier: Da sich nach den Feststellungen des BGH die eigentliche Schuldnerin im Zeitpunkt der Zahlung ihrer Schwester in einer ersten Krise befand, war der **Zahlungsanspruch** gegen sie – bei objektiver Betrachtung – **wertlos**. Durch die Leistung des Dritten wurde der Zahlungsempfänger insoweit „beschenkt“, als er seine Forderung gegen die wahre Schuldnerin nicht hätte durchsetzen können. Der BGH stellt klar, dass **fehlende subjektive Kenntnisse** des Leistungsempfängers der **Anfechtbarkeit** nicht entgegenstehen. Dem Zahlungsempfänger hilft es also, dass er von der Wertlosigkeit seiner Forderung nichts weiß.

Bedeutung kommt der Entscheidung für Sonderformen des konzernweiten Cash Poolings zu, in denen eine **zentrale Finanzierungsgesellschaft** die **Zahlungsabwicklung** für alle Konzernunternehmen übernimmt. Wird in einem solchen Cash Pooling-System über das Vermögen der **Finanzierungsgesellschaft** das **Insolvenzverfahren** eröffnet, droht die Anfechtbarkeit. Gefährdet sind Zahlungen aus **in den letzten vier Jahren** vor dem Insolvenzantrag.

Die Gläubiger, die Zahlungen durch die Finanzierungsgesellschaft empfangen haben, stehen also im Hinblick auf das Anfechtungsrisiko ungünstiger da, als wenn die Konzernunternehmen ihre Verbindlichkeiten selbst erfüllen und lediglich die hierfür erforderlichen Mittel von der zentralen Finanzierungsgesellschaft erhalten. Unmittelbare **Zahlungen durch den Schuldner** sind in der Regel nicht unentgeltlich und daher unter Anfechtungsgesichtspunkten zumeist nur dann problematisch, wenn sie **in den letzten drei Monaten vor Insolvenzantragsstellung** geleistet worden sind.

Diese **unterschiedliche Behandlung rechtlich** zwar **divergierender, wirtschaftlich** aber sehr **ähnlicher Sachverhalte** ausschließlich aufgrund der gruppeninternen Organisation des Cash Pools

befriedigt nicht. Der Zahlungsempfänger hat nicht nur keinen Einfluss auf die Organisation des Cash Pools; oftmals wird sie ihm sogar völlig verborgen bleiben. Der BGH urteilt – dogmatisch möglicherweise korrekt – allein auf Basis der eher zufälligen Unterschiede in den Zahlungsströmen.

Schützen kann sich der Gläubiger gegen das Risiko einer Anfechtung nach § 134 InsO in der vom BGH beurteilten Konstellation nur in geringem Maße. Die Leistung durch die Finanzierungsgesellschaft kann er im Regelfall nicht ablehnen. Absichern kann sich der Gläubiger daher nur dadurch, dass er durch

Vereinbarung mit der Finanzierungsgesellschaft beizeiten eigenes Forderungsrecht gegen diese begründet. Der BGH verweist auf die Möglichkeit eines **Schuldbeitritts** oder einer **Schuldübernahme**. Fällt aber der Abschluss einer solchen Vereinbarung in den vierjährigen Anfechtungszeitraum und waren die Forderungen gegen das schuldende Konzernunternehmen schon zu diesem Zeitpunkt nicht werthaltig, wird auch diese Vereinbarung häufig anfechtbar sein.

Dr. Markus Haggenev / Ronald Sieder

Insolvenzrecht: Mehr Transparenz zum Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit seiner Entscheidung vom 24.05.2005 dazu beigetragen, den Begriff der Zahlungsunfähigkeit, der sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich für den Geschäftsführer/Unternehmer von erheblicher Bedeutung sein kann, transparenter zu gestalten.

Danach ist eine bloße **Zahlungsstockung** anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend. Als zahlungsunfähig gilt regelmäßig ein Schuldner, wenn die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten beträgt. Um nicht absolute und starre Grenzen zu begründen, führt der BGH jedoch ein Prognoseelement zur Flexibilisierung ein. Danach kann eine Liquiditätslücke von unter 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten ausnahmsweise dann sofortige Zahlungsunfähigkeit begründen, wenn erkennbar ist, dass demnächst die Liquiditätslücke bei mehr als 10 % liegt.

Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr, ist regelmäßig von **Zahlungsunfähigkeit** auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.

Die vorgenannte Rechtsprechung folgt in ihrer Tendenz der bereits durch die Untergerichte zum Teil dargelegten Rechtsauffassung, dass zum einen für die Berechnung der Zahlungsunfähigkeit ein 3-Wochen-Zeitraum von besonderer Bedeutung ist. Zum anderen erkennt die Rechtsprechung an, dass ein Schwellenwert/eine **Geringfügigkeitsgrenze** im Rahmen der Bewertung der Zahlungsunfähigkeit angebracht ist.

Dr. Thomas Huesmann

Öffentliches Vergaberecht: Grundsatzentscheidung des OVG Rheinland-Pfalz: Auch Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte sind gerichtlich überprüfbar

Einen in seiner Bedeutung für den Rechtsschutz von an öffentlichen Aufträgen interessierten Unternehmen kaum zu überschätzenden Beschluss hat das **Oberverwaltungsgericht (OVG) Rheinland-Pfalz** am 25.05.2005 gefasst. Bislang konnten die Bieter Unregelmäßigkeiten und Fehler bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nur dann im Wege des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens von den Vergabekammern überprüfen lassen, wenn der jeweilige Auftragswert die Schwellenwerte – 200 000 € bzw. 400 000 € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, 5 Millionen € bei Bauaufträgen – erreichte. Unterhalb dieser Schwellenwerte blieb den Unternehmen dagegen **nur die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen**, wobei zumeist nur die Angebotskosten eingeklagt werden konnten. Der durch die

fehlerhafte Auftragsvergabe entgangene Gewinn blieb dagegen aufgrund von Beweisschwierigkeiten zumeist außen vor. Rechtlicher Hintergrund für diese aus Bietersicht äußerst unbefriedigende Situation war die **von der Rechtsprechung bislang verneinte Außenwirkung der maßgeblichen Vorschriften** der Gemeindehaushaltsordnungen in Verbindung mit den jeweiligen Verdingungsordnungen VOL/A, VOB/A und VOF. Bei diesen sollte es sich, wie das OLG Stuttgart zuletzt im April 2002 nochmals entschied, um reine „Innenvorschriften“ der Verwaltung mit der Folge handeln, dass den Bietern kein **subjektives Recht auf Einhaltung der Vergaberegeln** zustünde.

Diese in verschiedener Hinsicht widersprüchliche Haltung hat nun als erstes Obergericht das OVG Rheinland-Pfalz **ausdrücklich abgelehnt** und die Entscheidung des Verwaltungsgerichts (VG) Koblenz, welches einem **Antrag auf Erlass einer einstweiligen Untersagung der Auftragsvergabe stattgegeben hatte, bestätigt**. Nach Auffassung des OVG ist für die **gerichtliche Überprüfung** der Vergabe öffentlicher Aufträge, welche nicht in den Zuständigkeitsbereich der Vergabekammern fallen, der **Verwaltungsrechtsweg** gegeben. Nur so könne, so das Gericht, dem **verfassungsrechtlich** auch im Hinblick auf die Überprüfbarkeit der Vergabeentscheidung – und nicht nur bezüglich etwaiger Schadensersatzansprüche – gebotenen **Rechtsschutz** Rechnung getragen werden. Zudem beschränke sich die Rechtswirkung der VOL/A – für die VOB/A dürfte nichts anderes gelten – nicht auf eine interne Bindung der Vergabestelle, sondern sie entfalte über den Gleichheitssatz des Artikel 3 Grundgesetz Rechtswirkung nach außen. Schließlich gewähre die VOL/A den Bietern auch subjektive Rechte, wie ihr § 2 zeige: Nach dieser Vorschrift darf bei der Vergabe von Leistungen **kein Unternehmen diskriminiert werden**. Für die VOB/A dürfte nichts anderes gelten.

Die Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz stellt einen **Meilenstein in der Entwicklung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes** dar. Bieter, die Kenntnis von Verhandlungen zur Vergabe eines Auftrages unterhalb der Schwellenwerte erlangen, können nunmehr beim Verwaltungsgericht einen

Eilantrag auf einstweilige Untersagung der Zuschlagserteilung stellen. Der sich in eine Reihe bieterfreundlicher Urteile der Zivilgerichte einfügende Beschluss ist für die Unternehmen von umso größerer Bedeutung, als der **Europäische Gerichtshof** kürzlich zu erkennen gegeben hat, dass jedenfalls **aus europarechtlicher Sicht die Überprüfbarkeit von Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht ohne Weiteres geboten** ist (Urteil vom 21. Juli 2005).

Indes wirft die Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz auch Fragen auf dahin gehend, ob auch eine einmal ergangene Vergabeentscheidung – etwa im Wege der Anfechtungsklage – noch angegriffen werden kann. Diese eigentlich zwingende Schlussfolgerung hätte zur merkwürdigen Konsequenz, dass mit einem Schlag der Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte umfassender wäre als oberhalb der Schwellenwerte. Denn dort gilt der sakrosankte Grundsatz des deutschen Vergaberechts, dass ein einmal erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann. Viel drängender dürfte allerdings eine tatsächliche Frage sein: **Wie sollen die ohnehin notorisch überlasteten Verwaltungsgerichte die gegebenenfalls zu erwartenden Flut von Eilanträgen bewältigen?** Man darf gespannt sein, ob und wie der Gesetzgeber diese (und andere) Fragen in der angekündigten Novellierung des Vergaberechts - bis zum 31. Januar 2006 müssen die neuen EG-Vergaberichtlinien in deutsches Recht umgesetzt werden - beantwortet.

Dr. Carsten Jennert, LL.M.

Privates Baurecht/Vergabeverfahren: Der öffentliche Auftraggeber trägt die dem Auftragnehmer entstehenden Mehrkosten aus der Verzögerung der Auftragsvergabe infolge eines Nachprüfungsverfahrens

Seit Einführung des Vergaberechts durch Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) können Unternehmen, die sich als Bieter an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen, angebliche oder tatsächliche **Vergabefehler** überprüfen lassen. Ein entsprechendes **Nachprüfungsverfahren** kann schon vor Zuschlagserteilung eingeleitet werden. Der Gesetzgeber war sich dazu durchaus der mit diesem Bieterschutz einhergehenden Gefahr der Verzögerung bewusst: Nach § 113 Abs. 1 GWB soll das Nachprüfungsverfahren innerhalb von fünf Wochen abgeschlossen sein. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass Nachprüfungsverfahren selten vor Ablauf von vier Monaten beendet sind. Schließt sich an die Entscheidung der Vergabekammer noch ein Beschwerdeverfahren an, verlängert sich die Verfahrensdauer entsprechend.

Kommt es nach beendetem Verfahren zur Zuschlagserteilung und damit zum Abschluss des Bauvertrages, kommt der Vertrag auf Grundlage des Angebotes zustande, das der Bieter und nunmehriger Auftragnehmer bei Einleitung des Vergabeverfahrens abgegeben hatte. Es liegt auf der Hand, dass nach einem Zeitablauf wie ge-

schildert die Kalkulation des Auftragnehmers nicht mehr aktuell ist; beim Auftragnehmer fallen regelmäßig infolge der zeitlichen Verzögerung **Mehrkosten** anfallen. Das Oberlandesgericht (OLG) Jena hat dazu mit Urteil vom 22.03.2005 entschieden, dass das sich aus einer **Verzögerung** der Auftragsvergabe infolge eines Nachprüfungsverfahrens ergebende **Kostenrisiko der öffentliche Auftraggeber trägt**. Die Vergütung des Auftragnehmers ist in entsprechender Anwendung des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen. Der Auftraggeber hat die Mehrkosten zu übernehmen, die beim Auftragnehmer infolge der auf das Nachprüfungsverfahren zurückzuführenden verzögerten Auftragsvergabe anfallen. Lehnt der Auftraggeber die Anpassung ab, kann der Auftragnehmer den Vertrag **kündigen** und vom Auftraggeber den vereinbarten Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen.

Das OLG Jena verweist zur Begründung darauf, dass bei der Vergabe öffentlicher (Bau-)Aufträge spezifische vergaberechtliche Gesichtspunkte wie etwa das strenge Nachverhandlungsverbot des § 24 Nr. 3 VOB/A dazu führen, dass infolge des Nachprüfungsverfahrens und des daraus resultierenden verzögerten Baubeginns ent-

stehende Mehrkosten beim – durch Zuschlag auf das unabänderliche Angebot – zustande kommenden Vertrag nicht berücksichtigt werden können. Auch habe der Bieter mit dem günstigsten Angebot regelmäßig nur die Wahl, entweder einer vom Auftraggeber angefragten – und eben häufig zu Mehrkosten führenden – Verlängerung der Bindefrist für sein Angebot zuzustimmen oder aber auf den Auftrag zu verzichten. Unter Berücksichtigung der Kosten des Bieters für die Angebotserstellung sei es mit dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs und der fairen Risikoabgrenzung unvereinbar, das Verzögerungsrisiko des Nachprüfungsverfahrens auf den Bieter abzuwälzen. Auf Grundlage der vom BGH wiederholt angenommenen Kooperationspflichten der Parteien eines VOB/B-Bauvertrages habe der Bieter nach Vertragsabschluß einen Anspruch auf Anpassung der Bauzeit; nach § 2 Nr. 5 VOB/B habe er einen Anspruch auf Anpassung der vereinbarten Vergütung in dem Umfang, in dem sich die der Angebotskalkulation zugrunde liegende Vergütungsgrundlage durch die Bauzeitverschiebung verändere.

Das Urteil des OLG Jena verdeutlicht einmal mehr – diesmal auf der angesichts knapper Haushalte für die öffentlichen Auftraggeber besonders schmerzhaften Kostenseite –, dass die Nichtbeachtung vergaberechtlicher Vorgaben mit erheblichen Risiken verbunden ist. Jeder Fehler im Vergabeverfahren kann zu einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren und damit zu erheblichen verzögerungsbedingten Mehrkosten **auch dann** führen, wenn sich der **Nachprüfungsantrag als un begründet** herausstellt. Ob die öffentlichen Auftraggeber auf das Urteil des OLG Jena zukünftig mit einer Vertragsklausel reagieren, nach der der Bieter auf eine nachprüfungsbedingte Preisanpassung verzichtet, bleibt abzuwarten und ist genauso fraglich wie die Wirksamkeit einer solchen Klausel. Allein § 125 Abs. 1 GWB, der den Antragsteller eines Nachprüfungsverfahrens verpflichtet, den durch seinen Nachprüfungsantrag entstehenden (Verzögerungs-) Schaden zu ersetzen, wird nur in seltenen Fällen weiterhelfen. Der Anspruch setzt einen Missbrauch des Antragsrechts voraus, der nur unter sehr engen Voraussetzungen bejaht werden kann.

Hans-Jochen Hütter / Dr. Carsten Jennert

Kartellrecht: GWB-Novelle in Kraft - Etwaige Nichtigkeit von Vertriebs-/Händlervereinbarungen

Am **1. Juli 2005** ist nach langem Streit die Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und damit die längst überfällige **Angeleichung** der deutschen Kartellvorschriften **an die neue europäische Kartellverordnung VO 1/2003** Kraft getreten. Die bereits zum 1. Mai 2004 wirksam gewordene Abschaffung der Pflicht zur Anmeldung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und die Einführung des **Systems der Legalausnahme** (Prinzip der **Selbstveranlagung**) im **europäischen** Wettbewerbsrecht hatten den deutschen Gesetzgeber zuletzt unter erheblichen Zugzwang gesetzt. Mit den systematischen Abweichungen hat es nun jedoch ein Ende. Denn aufgrund der Anpassung an den europäischen Standard konnte der deutsche Gesetzgeber im Bereich horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, die geeignet sind, den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel), auf nationales Recht gänzlich verzichten. In diesem Bereich gilt unmittelbar europäisches Recht.

Die Novelle stellt aber auch ansonsten rein nationale Sachverhalte mit solchen von zwischenstaatlicher Relevanz weitgehend gleich. Zunächst erfasst **§ 1 GWB** nicht mehr nur horizontale Vereinbarungen/Abstimmungen, sondern - general-klauselartig - auch **sämtliche vertikalen Wettbewerbsbeeinträchtigungen**. Zudem wurde auch für die Fälle, die zukünftig allein dem deutschen Recht unterliegen, die Pflicht zur vorherigen Anmeldung abgeschafft. Stattdessen herrscht hier ebenfalls das Prinzip der Legalausnahme. Um insoweit eine Zweiteilung des Rechts zu vermeiden, ist § 1 GWB (bis auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel) wortgleich

mit Artikel 81 Abs. 1 EGV. Im bislang geltenden GWB waren im Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nur sog. Inhaltsbindungen für Preise und Konditionen per se verboten, andere Vertriebsbindungen dagegen grundsätzlich erlaubt, wenn sie auch einer - mit hohen Eingriffsschwellen verbundenen - Missbrauchsaufsicht unterlagen. Folge der Neuregelung ist nunmehr die ersatzlose Streichung der bisher insoweit anwendbaren §§ 16 – 18 GWB.

Für die gesetzlich bestimmte Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sieht stattdessen das neue GWB eine weitestgehende Übernahme des Generalklauselprinzips des Artikel 81 Abs. 3 EGV vor. Bei der Anwendung dieser Klausel sollen künftig gemäß § 2 Abs. 2 GWB vor allem die **EG-Gruppenfreistellungsverordnungen** (GVO) der europäischen Kommission und des Rates zur Anwendung kommen. Im Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung ist dies vor allem die **Vertikal-GVO**. Wichtig ist: Die **Beweislast**, dass die Freistellungs Voraussetzungen des § 2 GWB vorliegen, liegt grundsätzlich bei den **Unternehmen**, die sich auf die Vertikal-GVO berufen. Dies bedingt die **Erforderlichkeit einer Selbstveranlagung**, also einer Überprüfung der derzeit bestehenden Vertriebsvereinbarungen anhand der neuen gesetzlichen Regelungen.

Vertriebs-/Händlervereinbarungen kommen nach der neuen Gesetzeslage in Zukunft auf den Prüfstand, wenn sie den Wettbewerb nur regional oder innerhalb Deutschlands spürbar beeinträchtigen. Fallen die Verträge unter § 1 GWB, ist zu prüfen, ob die Vereinbarung vom Kartellverbot **freigestellt** ist. Insoweit einschlägige Gruppenfreistellungsver-

einbarungen verbieten dabei einige Klauseln, die unter bisherigem deutschem Recht erlaubt waren, aus. Dies hat zur Folge, dass eine Reihe von Vereinbarungen mit Inkrafttreten des novellierten GWB als nichtig angesehen werden könnten. Sind sog. „**schwarze Klauseln**“ enthalten, ist im Übrigen die Verwirklichung eines Bußgeld-Tatbestandes nicht ausgeschlossen. Hier gilt: Schon die Vereinbarung eines **exklusiven Vertragsgebiets** kann ausreichen, um ein Bußgeld leisten zu müssen. Auch Wettbewerbsverbote in Händlerverträgen, die **länger als fünf Jahre** laufen, sind wirkungslos. Vertrauensschutz für solche Vereinbarungen, die

bislang nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fielen, ist nicht vorgesehen. Erschwerend hinzu tritt, dass die betroffenen Unternehmen die bisherige Möglichkeit, sich die Rechtmäßigkeit des Vertrages mit einem „Comfort Letter“, einer Unbedenklichkeitsbescheinigung der Kartellbehörde, bestätigen zu lassen, weitestgehend entfallen ist.

Fazit: Vertriebsleitern wird nichts anderes übrig bleiben, als die bestehenden Vertriebs-/Händlerverträge angesichts der neuen Rechtslage zu überprüfen.

Dr. Andreas Lotze / Stefan Mager

Arbeitsrecht: Bundesarbeitsgericht eröffnet Gestaltungsspielräume für Personalabbaumaßnahmen

Die Durchführung umfassender Umstrukturierungs- und Personalabbaumaßnahmen birgt nicht nur das Risiko von langwierigen Kündigungsschutzverfahren, deren Ausgang oft ungewiss ist, sondern führt auch zu erheblicher Unruhe innerhalb des Unternehmens sowie in seinem Umfeld. Gerade die Auswirkungen kontroverser Stellenabbaumaßnahmen auf die Motivation der verbleibenden Mitarbeiter und ihre Arbeitsleistung darf dabei nicht unterschätzt werden. Aus diesem Grunde werden zunehmend komplexe Maßnahmenpakete geschnürt, durch die nicht nur den Pflichten des Arbeitgebers nach dem Betriebsverfassungsgesetz, einen Interessenausgleich und Sozialplan zu verhandeln, nachgekommen wird, sondern auch die Akzeptanz der Veränderungen bei den betroffenen Mitarbeitern sowie innerhalb des Unternehmens erhöht und eine positive Außendarstellung ermöglicht werden soll. Die in einem Sozialplan vereinbarten Maßnahmen gehen oft weit über die klassischen Abfindungszahlungen hinaus. Mitarbeiter werden bei der Stellensuche unterstützt, es werden Bewerber-Trainings und Qualifizierungsmaßnahmen durchgeführt oder Existenzgründungen unterstützt.

Kündigungsschutzklagen können auf diesem Wege allerdings oft nicht verhindert werden. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) verhinderte nämlich das Schaffen von finanziellen Anreizen für einen Klageverzicht: Ziel des Sozialplanes sei nach der gesetzlichen Wertung der Ausgleich von Nachteilen aufgrund des Verlustes des Arbeitsplatzes; diese Nachteile treffen die Mitarbeiter, die sich ohne Klageerhebung mit der Kündigung abfinden, genauso wie diejenigen, die in einem Kündigungsschutzprozess verlieren und deshalb ausscheiden. Das BAG hat es aus diesem Grunde für gleichheitswidrig und somit **unwirksam erklärt, Sozialplanleistungen von einem Klageverzicht abhängig zu machen**. Der Mitarbeiter kann somit ohne Risiko eine Klage erheben. Im Erfolgsfall rettet er dadurch seinen Arbeitsplatz, im Misserfolgsfall bleiben ihm die Sozialplanleistungen erhalten.

Mit seinem Urteil vom 31.05.2005 hat das Bundesarbeitsgericht nun entschieden, dass zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers als Gegenleistung für

einen Klageverzicht durchaus rechtlich anerkannt werden können. Zwar bleibt es dabei, dass derartige Bedingungen im Rahmen eines Sozialplanes nicht vereinbart werden können. In dem vorliegenden Fall hatten Arbeitgeber und Betriebsrat jedoch zusätzlich und ergänzend zu den Sozialplanleistungen eine **Betriebsvereinbarung über das Outplacement** abgeschlossen, in der den Mitarbeitern eine Teilnahme an einem Outplacement-Programm angeboten wurde, das von einem externen Veranstalter durchgeführt wurde und die Mitarbeiter bei den Bemühungen um einen neuen Arbeitsplatz unterstützen sollte. Alternativ konnten die Mitarbeiter auch eine zusätzliche Abfindung in Höhe eines Gehaltes erhalten. **Beide Angebote setzten jedoch einen Verzicht auf einen Angriff auf die Kündigung voraus**. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes war diese ergänzende Betriebsvereinbarung zulässig. Eine Umgehung der vorgenannten Rechtsprechung liege nicht vor, weil in dem abgeschlossenen Sozialplan ein angemessener und ausreichender Nachteilsausgleich vorgesehen worden sei.

Ähnliche Ziele wie in dieser Betriebsvereinbarung „Outplacement“ können auch durch den Abschluss eines so genannten **Transfer-Sozialplanes** erreicht werden. Im Rahmen eines solchen Transfer-Sozialplanes wird den Mitarbeitern angeboten, bei ihrem Arbeitgeber einvernehmlich - in der Regel bereits vor Ablauf der Kündigungsfristen - auszuscheiden und einen Arbeitsvertrag mit einer externen Beschäftigungsgesellschaft abzuschließen. Diese bietet verschiedene Hilfs- und Qualifizierungsmaßnahmen an und unterstützt oft mit beachtlichem Erfolg bei der Stellensuche. Die Bundesagentur für Arbeit fördert diese Maßnahme durch Zahlung von Kurzarbeitergeld, so dass sie für den Arbeitgeber oft deutlich günstiger ist als hohe Abfindungszahlungen.

Auch bei dieser Lösung kann eine hohe Akzeptanz auf der Mitarbeiterseite erreicht werden, da die Mitarbeiter nicht in die Arbeitslosigkeit entlassen werden, sondern zunächst aufgefangen werden. Erfahrungsgemäß entschließt sich die Mehrzahl der betroffenen Arbeitnehmer, freiwillig in diese Beschäftigungsgesellschaft zu wechseln, so dass

der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen vermieden und dadurch das Klagerisiko minimiert wird.

Gerade für kleine Unternehmen oder weniger umfangreiche Maßnahmen, für die der Abschluss eines Transfer-Sozialplanes einen zu hohen Aufwand bedeutet, kann allerdings der durch das Bundesarbeitsgericht nunmehr bestätigte Weg sehr

sinnvoll sein, da das Angebot zusätzlicher Abfindungszahlungen für viele Arbeitnehmer reizvoll ist und auf relativ einfache Art sowohl die auscheidenden Mitarbeiter von einer einvernehmlichen Trennung überzeugt werden, als auch größere Konflikte vermieden werden können.

Inken Hansen

Veranstaltungen (Seminare etc) unter Beteiligung von Referenten von AULINGER Rechtsanwälte:

19. Oktober 2005: „IHK-Special Recht“, IHK Bochum: „Unternehmensnachfolge – gesellschaftsrechtliche, erbrechtliche, steuerliche Aspekte“ (Reinhard Knälman, Dr. Egon Peus)

24. Oktober 2005: AULINGER-Arbeitsrechtsfrühstück 2005 „Arbeitsrechtliche Handlungsoptionen bei Umstrukturierung von Unternehmen und Personalabbau“, Renaissance-Hotel, Bochum (Dr. Achim Tempelmann, Inken Hansen)

9. November 2005: „Praxis der öffentlichen Auftragsvergaben – 10 Fragen und Antworten zur erfolgreichen Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen“, IHK Bochum (Dr. Andreas Lotze)

16. November 2005: AULINGER-Immobilienrechtsfrühstück; Themen: Rechtsschutz im Vergabeverfahren – Unternehmerische Entscheidungen bei Bodenverunreinigungen – Neues zum Bauträgerrecht, Park Inn Hotel Bochum (Hans-Jochen Hütter, Dr. Egon Peus, Dr. Carsten Jennert)

16. November 2005: „IHK-Special Recht“, IHK Bochum: „Streit unter Gesellschaftern und Gesellschaftergruppen – Strategien zur Konfliktlösung und Konfliktvermeidung“ (Dr. Karlheinz Lenkaitis, Dr. Andreas Eickhoff)

EUROFORUM-Seminar: „1 x 1 der Wasser- und Abwasserwirtschaft – Basiswissen für Neu- und Quereinsteiger“ am 13./14. Dezember 2005 in Düsseldorf und am 24./25. Januar 2006 in Berlin (mitwirkende Referenten u.a. Dr. Andreas Lotze, Dr. Carsten Jennert)

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Carsten Jennert, LL.M.

Kommunale GmbH statt Privatisierung? VR – Verwaltungsrundschau 2005, Heft 8, Seite 257 bis 261

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 Mandantenrundschreiben 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 Haggenev
Inken Hansen

Büro Essen: "Villa Bredenev"
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