

**DER
BETRIEB**

Status:Recht

NATIONALES UND EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT
ENTWICKLUNGEN · HINTERGRÜNDE · POSITIONEN

Das Top-Thema der Juli / August-Ausgabe:

Gewerbeimmobilien:

Im Netz der Mieterinsolvenz

Schuldverschreibungsgesetz
Neue Möglichkeiten
für Gläubiger? · S. 164

EuGH stärkt Markenschutz
Kein sonnen mehr im
fremden Glanze! · S. 166

Finales Wort?
Nichtanwendungserlass zur
BFH-Entnahmetheorie · S. 169

Tarifflicht
Arbeitgeber an der
langen Leine · S. 173

BilMoG & Aufsichtsrat
Konsequenzen für die
Unternehmenspraxis · S. 176

„Was verdienen eigentlich die anderen?“

Vergütung deutscher Aufsichtsratsorgane 2008

Analyse der Unternehmen des deutschen Prime Standards:

- für die Jahre 2005 bis 2007 wurden rund 330 Unternehmen des Prime Standards analysiert
- eine der umfangreichsten Auswertungen zu Struktur und Höhe der Vergütung von Aufsichtsratsorganen

Im Fokus:

Erfolgsunabhängige und erfolgsorientierte Vergütungskomponenten, Sitzungsgelder und sonstige Zahlungen



Bitte bestellen Sie per Fax an 0800/0 00 29 59, per Telefon 0800/0 00 16 37 oder auf www.aufsichtsrat.de/studien

Privat ☐ Firmenadresse ☐ (Bitte ankreuzen)

Vorname/Name

Telefon (bei evtl. Rückfragen)

Postfach/Straße, Haus-Nr.

PLZ, Ort

Datum/Unterschrift

☒ **Ja, ich bestelle** die Studie „Vergütung deutscher Aufsichtsratsorgane 2008“ zu € 375,- inkl. MwSt. zzgl. Versand.

Sie haben ein gesetzliches Widerrufsrecht gem. §§ 312d, 355 BGB.

Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH
Kasernenstr. 67, 40213 Düsseldorf, Amtsgericht Düsseldorf HRB 30329

Weitere Infos sowie Abo-Angebote bekommen Sie unter
Telefon 0800/0 00 16 37 oder www.fachverlag-shop.de

Papiertiger?

Krisenzeiten wecken „Kreativitäten“, zum Beispiel:

- „Die anderen mal machen lassen“: Kann das eigene Unternehmen nicht vielleicht mal geschickt und „kostenneutral“ von der Sogwirkung fremder Marken profitieren? – Schwierig; hierzu *Timmann*, S. 166!
- „Was nicht passt, wird passend gemacht“: Verstrickung bei der Entstrickung oder „finale Gesetzesauslegung“ nach dem eigentlich gesetzgeberischen Willen? – Hierzu *Hick*, S. 169!
- „Kommunikation ist alles“, C2C (Competitor to Competitor): Ein einziges Treffen wird Kartellbehörden doch nicht schon in jedem Fall eine wettbewerbswidrige Verhaltensabstimmung vermuten lassen? – Hierzu *Suchsland-Maser*, S. 166!

Zum Thema „kreative Kommunikation“ passen auch die neuen Mitteilungspflichten für Erwerber wesentlicher Beteiligungen an börsennotierten Unternehmen, die am 31.05.2009 in Kraft getreten sind. Erwerber größerer Aktienpakete müssen dem Emittenten künftig ihre Beteiligungsziele offenlegen (s. *Giedinghagen/Kuhlmann*, S. 164). Was ist von der Neuregelung zu erwarten? Sicherlich keine spannenden Berichte, sondern standardisierte und kaum verwertbare Informationen. Gerade was Kapitalmarktinformationen und Unternehmenspublizität angeht, sollte die derzeitige Krise aber doch eines gezeigt haben: Das Wesentliche geht oftmals unter. Gut gemeinte Informationspflichten wirken schlimmstenfalls eben nicht nur wie bloße Papiertiger. Schaut man sich bspw. einmal die hunderte Seiten umfassenden Geschäftsberichte eines bekannten Finanzinstituts mit roulettartigem Gutwettergeschäftsmodell an, so liest man da viel von eingesetzten „Committees“, Leitlinien und Methoden, doch wie in einem großen Heuhaufen geht die eine wichtige Nadel dabei unter. Der Papiertiger wird zum echten „Tiger“, wenn er wie Pappmaché wirkt.

IM FOKUS

Von SinnLeffers bis Karstadt – Folgen der Mieterinsolvenz aus Sicht des Vermieters und Immobilienerwerbers 174



Die aktuellen Entwicklungen bei Hertie, Woolworth, Karstadt und verschiedenen Einzelhändlern sowie die wachsende Anzahl von in Schieflage geratenen Immobilienfinanzierungen zeigen: Die Zeit der Notverkäufe von Immobilien durch Investoren, Banken und Insolvenzverwalter steht unmittelbar bevor. Investitionen in notleidende Immobilien sind im gegenwärtigen Marktumfeld insbesondere im Lichte der möglichen oder bereits eingetretenen Insolvenz des Mieters oder des Vermieters zu prüfen. Über die Folgen einer Mieterinsolvenz aus Sicht des Vermieters und Rahmenbedingungen für den Erwerb einer Immobilie bei Insolvenz des Mieters informiert Dr. Uwe Goetker.

NACHRICHTEN

WIRTSCHAFT & FINANZEN

- | | |
|---|-----|
| Veröffentlichung von Beteiligungszielen bei börsennotierten Gesellschaften | 164 |
| Neues Schuldverschreibungsgesetz verabschiedet – Stärkung des Finanzplatzes Deutschland für Unternehmensanleihen? | 164 |
| „Back to square one“ – der kontinuierliche Niedergang der Limited | 165 |

„Was zahlen eigentlich die anderen?“

Der Aufsichtsrat | Studien

Vergütung deutscher Vorstandsorgane 2008

Eine der umfangreichsten Studien zur Vorstandsvergütung:

- über 330 analysierte Unternehmen von 2005 bis 2007 (ca. 1.000 Vorstände pro Jahr)
- detaillierte Ergebnisse zu Vergütungshöhe und -struktur

Im Fokus:

fixe Zahlungen, variable Basisvergütungen, aktienkursorientierte Vergütungen und sonstige Zahlungen

www.aufsichtsrat.de/Studien
Telefon: 0800-000 1637



FACHVERLAG
Verlagsgruppe Handelsblatt

AUS RECHTSPRECHUNG & VERWALTUNG

WIRTSCHAFT & FINANZEN

Vom „Duft“ fremder Marken profitieren?	166	Von SinnLeffers bis Karstadt – Folgen der Mieterinsolvenz aus Sicht des Vermieters und Immobilienerwerbers	174
EuGH-Urteil: Einziges Treffen zwischen Wettbewerbern kann abgestimmtes Verhalten begründen!	166	Konkretisierte Anforderungen an den Aufsichtsrat durch das BilMoG	176
Hintergrund: Verbot abgestimmten Verhaltens zwischen Wettbewerbern	167	Literatur-Check: Die Bilanzrechtsreform 2009/10 – Handels- und Steuerbilanz nach BilMoG	178
Kurzhinweise zur Rechtsprechung	167	– Beitrag von Prof. Dr. Kai-Uwe Marten	

STEUERN & ABGABEN

Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung zur Aufgabe der finalen Entnahmetheorie durch den BFH	169
Großes Aufatmen bei Insolvenzverwaltern – Finanzverwaltung nimmt pragmatische Rechtsansicht zu Umsatzsteuerpflichten ein	170
Kurzhinweise zur Rechtsprechung	170

ARBEIT & SOZIALES

Arbeitgeber nach Verbandsaustritt weiterhin an Flächentarifverträge gebunden	172
„Nur wer schreibt, (bei Freiwilligkeit) bleibt!“	172

IM FOKUS

Von SinnLeffers bis Karstadt – Folgen der Mieterinsolvenz aus Sicht des Vermieters und Immobilienerwerbers	174
Konkretisierte Anforderungen an den Aufsichtsrat durch das BilMoG	176
Literatur-Check: Die Bilanzrechtsreform 2009/10 – Handels- und Steuerbilanz nach BilMoG	178
– Beitrag von Prof. Dr. Kai-Uwe Marten	

THEMEN-INDEX

180

S:R-AUTOREN

Wer hat in dieser Ausgabe mitgeschrieben?
Ein Blick ins Impressum zeigt's.
Mehr Informationen zu uns – Herausgeber/
Beiräte – unter www.status-recht.de.

Zitierung von S:R-Beiträgen:
Autor, S:R 200X S. YZ.

IMPRESSUM

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Johanna Hey, WP/StB Liesel Knorr, WP/StB Georg Lanfermann, RA Dr. Silja Maul, RA/WP/StB Dr. Welf Müller, Prof. Dr. Ulrich Noack (geschäftsf.), RA Dr. Andreas Pentz, WP/StB Prof. Dr. Ulrich Prinz (geschäftsf.), Prof. Dr. Christoph Spengel, Roland Wolf

BEIRAT

Prof. Dr. Andreas Feuerborn, RA Dr. Ralf Fischer zu Cramburg, RA Georg Geberth, Prof. Dr. Markus Gehrlein, Prof. Dr. Ulrich Haas, RA Dr. Sebastian Kuck, RA Iris Plöger, Prof. Dr. Carsten Schäfer, Dr. Holger Seidler, Prof. Dr. Gerald Spindler, Prof. Dr. Christoph Teichmann, WP/StB Dr. Knut Tonne, RA Jan Wulfetange

AUTOREN DIESER AUSGABE:

RA Dr. Jan Giedinghagen, RA Dr. Jens Kuhlmann, RAin Dr. Cordula Heldt, RA Dr. Wilhelm Niemeier, RA Dr. Henrik Timmann, RAin Dr. Ulrike Suchsland-Maser, StB Dr. Christian Hick, RA/StB Dipl. Fw. Carsten Höink, RA/FAfArbR Dr. Paul Melot de Beauregard, RAin/FAAR Dr. Sandra Urban-Crell, RA Dr. Uwe Goetker, Dr. Oliver Engels, Prof. Dr. Kai-Uwe Marten

REDAKTION

Janine v. Wolfersdorff, v.i.S.d.P.
Telefon: 0211/ 887-1455
E-Mail: j.wolfersdorff@fachverlag.de
Sekretariat DER BETRIEB: Ninja Arendt, Kerstin Pferdenges

VERLAG

Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH
Kasernenstr. 67, 40213 Düsseldorf
Postfach 101102, 40002 Düsseldorf

GESCHÄFTSFÜHRUNG

Johannes Höfer, Dr. Michael Stollarz

PRODUKTMANAGEMENT

Marko Wiecek / Janine v. Wolfersdorff
E-Mail: m.wiecek@fachverlag.de / j.wolfersdorff@fachverlag.de
Telefon 0211/887-1476 bzw. -1455

ANZEIGENLEITUNG

Regina Hamdorf
E-Mail: r.hamdorf@fachverlag.de

ANZEIGENDISPOSITION

Simone Herrmanns
E-Mail: fz.marketing@fachverlag.de
Telefon: 0211/887-15 11
Fax: 0211/887-15 00

VERTRIEBSSERVICE:

Neubestellungen, Probeanforderungen, Fragen zu Bezugspreisen, Änderungen von Daten bei Umzug, Reklamationen, Kündigungen:

Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH
Kundenservice Fachverlag
Berner Str. 2, 97084 Würzburg
Postfach 92 54, 97092 Würzburg

Inland:
Tel. 0800 000 1637, Fax 0800 000 2959

Ausland:
Tel. 0049/211-887-3670 (* Anruf kostenlos)
Fax 0049/211-887-3671

E-Mail: sr.leserservice@fachverlag.de

Nachbestellung von Einzelausgaben:

Tel.: 02 11/887-1771 bis -74
Fax: 02 11/887-1770
E-Mail: fachverlag-shop@vhb.de

Bank: Dresdner Bank AG, Düsseldorf
(Anzeigen/Abo), BLZ: 300 800 00
Kto.-Nr.: 212 665 500

BETRIEB-Leser erhalten Status:Recht monatlich im Rahmen ihres Abonnements; ein Einzelbezug ist jedoch möglich.

BEZUGSPREISE:

Einzelheft 12,- € zzgl. 0,95 € Versandkosten
Jahresabonnement Inland 112,- € inkl. MwSt. zzgl.

12,- € Versandkosten
Jahresabonnement Ausland 112,- € zzgl. 15,- €

Verkaufskosten
Jahresabonnement Studenten Inland 50,- € inkl. MwSt.

zzgl. 12,- € Versandkosten
Die Abonnenten von DER BETRIEB erhalten Status:Recht im Rahmen Ihres Abonnements

Im Fall höherer Gewalt (Streik oder Aussperrung) besteht kein Belieferungs- oder Entschädigungsanspruch.

Status:Recht wird sowohl im Print als auch auf elektronischem Weg (z. B. Datenbank) vertrieben. Nachdruck und Vervielfältigung jeder Art sind nur mit Genehmigung des Verlags zulässig.

ISSN-Nummer: 1863-7671

HERSTELLUNG:

L.N. Schaffrath, 47608 Geldern
Für Anzeigen gilt die Preisliste Nr. 1 vom 01.01.2007
ISSN 1863-7671

Veröffentlichung von Beteiligungszielen bei börsennotierten Gesellschaften

Das Risikobegrenzungs-gesetz, das „Heuschrecken“ entgegenwirken soll, hat im Wertpapierhandelsgesetz auch neue Mitteilungspflichten für Inhaber wesentlicher Beteiligungen an börsennotierten Gesellschaften eingeführt. Sie treten neben die Pflicht zur Mitteilung von Stimmrechten und soll dem Anleger-schutz und Arbeitnehmerinteressen dienen. Sie ist vor wenigen Wochen, am 31.05.2009, in Kraft getreten.

Großaktionäre müssen künftig Beteiligungsziele offenlegen

Danach hat derjenige, der selbst oder durch Zurechnung die Schwelle von 10% der Stimmrechte oder eine höhere Schwelle (15, 20, 25, 30, 50, 75%) erreicht oder überschreitet, innerhalb von 20 Handelstagen ab Erwerb eines Aktienpakets den Emittenten über seine Ziele und die Herkunft der Mittel zum Erwerb zu informieren (§ 27a Abs. 1 WpHG). Ausgenommen sind Aktionäre, die die Aktien aufgrund eines Übernahmeangebots erworben haben, und bestimmte Anlagegesellschaften. Zudem kann der Emittent durch Satzungsänderung die Mitteilungspflicht suspendieren (§ 27a Abs. 3 WpHG). Wurden die Schwellen vor dem 31.05.2009 erreicht oder überschritten, gilt die Neu-regelung nicht. Mitzuteilen sind die Ziele des Aktionärs, u.a. ob er strategischer oder Finanzinvestor ist, ob er in den nächsten zwölf Monaten Anteile hinzuerwerben oder die Besetzung des Aufsichtsrats beeinflussen will. Außerdem ist anzugeben, ob der Erwerb mit Fremd- oder Eigenmitteln erfolgte, ohne hierzu jedoch nähere Angaben machen zu

müssen. Auch wenn bislang noch nicht geschehen, kann das Bundesfinanzministerium genaue Vorgaben zu Inhalt, Art, Sprache oder Form der Mitteilung erlassen (§ 27a Abs. 4 WpHG). Praktisch dürfte sich daher zunächst die Aufnahme bestimmter Mindestinformationen etablieren, wie etwa die Angabe der Quoten von Fremd- und Eigenmitteln, was bereits die Gesetzesbegründung nahelegt. Die Mitteilung kann gegenwärtig etwa auch per E-Mail erfolgen, wenn deren Zugang sichergestellt ist.

Änderungen der Ziele des Aktionärs sind ebenso mitzuteilen. Indes schränkt es die unternehmerische Freiheit stark ein, wenn ggf. noch nach Jahren mitgeteilt werden muss, dass etwa die Beteiligung jetzt nur noch Handelszwecken dient. Änderungen sollten daher z.B. nur binnen eines Jahres nach dem Erwerb mitteilungs-pflichtig sein. Ohne eine entsprechende Gesetzesänderung wird man dies zum jetzigen Zeitpunkt aber wohl nur schwer vertreten können.

Folgepflichten des emittierenden Unternehmens

Der Emittent muss entweder die erhaltenen Mitteilungen oder die Tatsache veröffentlichen, dass nichts falsch oder unvollständig mitgeteilt wurde (§ 27a Abs. 2 WpHG). Der Emittent muss also nachforschen, mit welcher Intensität, ist indes offen. Man darf die Anforderungen nicht überspannen. Allgemein zugängliche Informationen sind zu berücksichtigen, Nachfragen können geboten sein. In jedem Fall sollten die Bemühungen dokumentiert werden.

Sanktionen bei Nichtbeachtung

Den säumigen Aktionär trifft unmittelbar jedoch keine Sanktion, vor allem verliert er nicht (vorübergehend) sein Stimmrecht. Möglich, aber im Einzelfall sicherlich nur schwer zu begründen, wären lediglich eine Schadensersatzhaftung oder der Vorwurf der strafbarkeits- und bußgeldbewehrten Marktmanipulation, wenn der Mitteilungspflichtige seine Beteiligung erhöht, ohne den Berichtspflichten zu genügen. Infolge der bewussten Nichtaufnahme des § 27a WpHG in den Katalog der Bußgeldvorschriften (§ 39 WpHG) wird man nach derzeitiger Gesetzesfassung grundsätzlich wohl auch davon ausgehen können, dass auch die nicht oder nicht ordnungsgemäß vorgenommene Veröffentlichung des Emittenten keine Ordnungswidrigkeit darstellt.

Fazit

Die neue Mitteilungspflicht wird wohl rasch zu standardisierten Meldungen führen. Verwertbare Informationen sind kaum zu erwarten, vor allem, wenn sich als Antwort auf die Frage, „ob“ ein bestimmter Umstand vorliegt, ein schlichtes „Ja“ oder „Nein“ durchsetzt und im Übrigen keine echte Sanktion droht. Die misslichen Änderungsmeldungen werden den Kapitalmarkt unnötig belasten. Vor tagespolitischem Hintergrund ist der Gesetzgeber mit diesem „zahnlosen Tiger“ wohl etwas über das Ziel hinausgeschossen.

RA Dr. Jan Giedinghagen LL.M. (Boston)/

RA Dr. Jens Kuhlmann

(beide Flick Gocke Schaumburg)

Neues Schuldverschreibungsgesetz verabschiedet – Stärkung des Finanzplatzes Deutschland für Unternehmensanleihen?

Das vom Bundestag am 03.07.2009 verabschiedete Schuldverschreibungsgesetz wird am 10.07.2009 wohl den Bundesrat passieren. Damit wird erstmals der Rechtsrahmen von 1899 vollständig überarbeitet und modernisiert. Internationale Anleihen deutscher Emittenten werden v.a. aus steuerlichen Gründen seit Jahren über Finanzierungsgesellschaften im Ausland begeben und konnten, da das Gesetz von 1899 an einen Inlandsemit-tenten anknüpfte, bisher nicht unter das deutsche Recht gestellt werden. Dies ist nun möglich. Der Zeitpunkt für eine solche Reform könnte eigentlich besser nicht sein, da die Refinanzierung von Unternehmen durch Anleihen in der Finanzkrise erheblich an Bedeutung gewonnen hat. Es gibt allerdings Haken.

Ein wichtiges Ziel des Gesetzes ist es, die international üblichen sog. Collective Action-Klauseln zu ermöglichen, sodass Beschlüsse der Gläubigerversammlung gefasst werden können, die für alle Anleihegläubiger verbindlich sind. Trittbrettfahrer sollen keine Chance haben. Das alte Recht ermöglichte allgemeinverbindliche Beschlüsse, die zu einer Sanierung eines notleidenden Unternehmens und der Abwendung einer Insolvenz beitragen können, nur in sehr engen Grenzen. Es klammerte wichtige typische Sanierungsinstrumente wie die Herabsetzung der Kapitalforderung ausdrücklich aus. Diese Möglichkeiten sind nun stark ausgeweitet.

Gefahr missbräuchlicher Klagen gegen Sanierungsbeschlüsse: Ein Problem stellt

sich hier jedoch, da das Anfechtungsrecht gegen die Beschlüsse der Gläubigerversammlung 1:1 aus dem Aktiengesetz übertragen wurde. Der Auslöser des Berufsklägertums, die Vollzugssperre für beschlossene Maßnahmen nach Klageeinreichung, wurde hier ausdrücklich angeordnet. Eine Gläubigerversammlung dürfte jedoch gerade in einer Notsituation des Unternehmens einberufen werden, bei der es auf die Schnelligkeit der Durchführung der Sanierungsmaßnahmen ankommt. Der Sanierungsversuch kann durch missbräuchliche Klagen leicht vereitelt werden, was die Chance auf Bedienung der Forderungen durch den Schuldner für alle Fremdkapitalgeber vermindert. Dies hat mit gut gemeintem Anlegerschutz nicht mehr viel zu tun.

AGB-Kontrolle? Der Gesetzgeber hat sich zudem gescheut, die Anwendung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ausdrücklich auszuschließen. Es ist für die Funktionalität und Einheitlichkeit der Preisbildung einer Anleihe jedoch von großer Bedeutung, dass die Bedingungen nicht individuell und nachträglich aufgrund einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle durch die Gerichte abgeändert werden können, z.B. wegen Intransparenz, etwa bei strukturierten Anleihen. Der Gesetzgeber hat den Gerichten aber zumindest einen Maßstab an die Hand gegeben. Danach muss „nach den Anleihebedingungen [...] die vom Schuld-

ner versprochene Leistung durch einen Anleger, der hinsichtlich der jeweiligen Art von Schuldverschreibungen sachkundig ist, ermittelt werden können“. Diese Transparenzklausel erhebt also den Sachkundigen zum Maßstab. Ganz im Gegensatz zum Wortlaut steht die Gesetzesbegründung. Hier wird der Maßstab an den vom Emittenten intendierten Adressatenkreis angelegt: Sachkundiger = Adressat. „Für die jeweiligen Adressaten eines bestimmten Produkts müssen die Bedingungen nach deren durchschnittlichen Verständnishorizont durchschaubar sein.“ Ist das Produkt für Privatanleger aufgelegt, sollen die „allgemein erwart-

baren Vorkenntnisse“ dieses Anlegerkreises relevant sein. Die Gesetzesbegründung ist mit dem Wortlaut der Norm schlicht nicht mehr vereinbar, daher dürfte es schwierig werden, sie zur Auslegung heranzuziehen.

Ob die Unternehmen ihre Anleihen nun in Zukunft direkt in Deutschland begeben oder zumindest deutsches Recht anwenden, bleibt abzuwarten. Durch die Ausgestaltung im Einzelnen bleibt die Reform auf halbem Wege stehen und werden die Ziele des Gesetzes teilweise geradezu konterkariert.

RAin Dr. Cordula Heldt
(Deutsches Aktieninstitut e.V.)

„Back to square one“ – der kontinuierliche Niedergang der Limited

Als der EuGH 2003 mit „Inspire Art“ den europäischen Wettbewerb der Unternehmensrechtsformen voll eröffnete, wurde der Limited ein unaufhaltsamer „Siegeszug“ vorhergesagt. Eine „Limited-Welle“ werde den Kontinent überrollen und die Limited zur europäischen „Delaware“ machen. Für Deutschland wurden „Zehntausende Limiteds“ jährlich erwartet und der GmbH der sichere Niedergang prophezeit. Trotz früher Mahnungen, Anfangserfolge seien nicht notwendig Dauererfolge und die extrem hohe Frühsterblichkeit der Limited würde in absehbarer Zukunft zu mehr Abmeldungen als Anmeldungen führen (Verf., S:R 2007 S. 246), nahm das MoMiG ab November 2008 mit der mindestkapitalfreien Unternehmungsgesellschaft (UG) den – nachahmenden – Wettbewerb mit der Limited auf.

Limited: Mehr Ab- als Anmeldungen in Deutschland

Die Gewerbebeanmeldungen der Limiteds (vgl. das Diagramm) hatten nach Anfangserfolgen jedoch bereits im März 2006 mit 826 Anmeldungen ihren Höhepunkt erreicht. Sie sind seitdem kontinuierlich und deutlich zurückgegangen. Zugleich stiegen die Gewerbeabmeldungen auffällig früh an. Bereits im März 2006 erreichten sie mit 236 das Niveau der monatlichen Anmeldungen zwei Jahre zuvor. Den offensichtlich wenig überlegten und drastisch unterkapitalisierten Gründungen verweigerten die Banken Finanzierung, natürlich ungeachtet (selbstverständlich erfolgloser) Beschwerden von Gründern bei der EU-Kommission über diese angebliche Diskriminierung (!). Die monatlichen Abmeldungen haben sich inzwischen verdoppelt. Schon zum Jahreswechsel 2007 auf 2008 hatten sie fast die Höhe der Anmeldungen erreicht und haben sie dann beim letzten Jahreswechsel überschritten. Seit Januar 2009 zeigt sich jetzt auch innerjährlich: Die Abmel-

dungen übersteigen konstant und massiv die Anmeldungen. Der einst beachtliche positive monatliche Gründungssaldo von An- und Abmeldungen (März 2006: 591) ist seit drei Monaten deutlich negativ. „Back to square one“: Die Limited ist in Deutschland auf dem klaren Weg zurück zum Niveau vor „Inspire Art“.

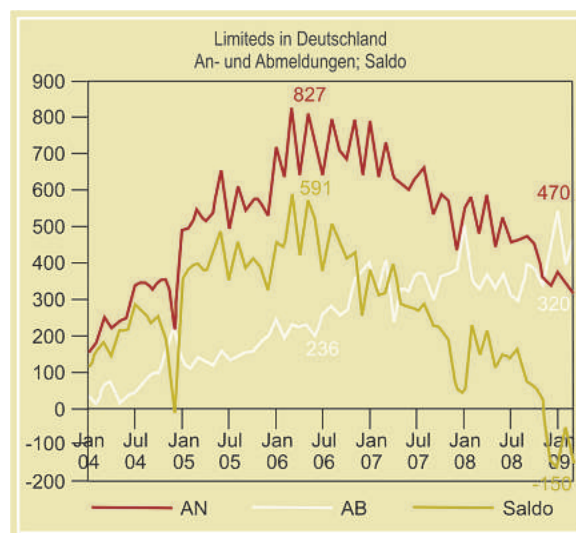
Deutsche UG als Gewinner im Wettbewerb der Rechtsformen?

An dieser Entwicklung hat die seit November 2008 verfügbare UG einen gewissen Anteil, sie hat den Niedergang der Limited in Deutschland aber nicht bewirkt, sondern einen bestehenden Trend nur noch verstärkt. Extrapoliert man den stabilen Trend nur der Daten zwischen dem Wendepunkt im März

Monate vorverlegt haben. Weniger Gründungen und mehr Aufgaben können zudem durch die aktuelle Wirtschaftskrise bedingt sein, die 2009 auch die Realwirtschaft erreicht hat. Diesem Befund entspräche auch der extrem geringe und proportional ziemlich gleichbleibende Anteil derjenigen Limiteds, die nicht eine Vollaufgabe ihres Gewerbes, sondern einen Rechtsformwechsel (März 2009: 25) meldeten. Einige davon könnten vielleicht zur UG gewechselt sein. Weitaus mehr führt der Weg in die Insolvenz: im April 2009 sind die GmbH-Insolvenzen gegenüber dem Vorjahresmonat um 17,5%, die der Limited dagegen um 72,3% (!) gestiegen. Mindestkapitalfreie Gründungen a la Limited – so zeigen diese Daten gleichzeitig – scheitern früh und komplett, und nicht etwa werden überlebensfähige Unternehmen wegen der beschwerlicheren Bilanzvorlage beim britischen Companies House nur der Rechtsform nach aufgegeben.

Die derzeit beachtlichen Gründungserfolge der UG mit fast 10.000 Gründungen in den ersten 6 Monaten dürften zulasten der klassischen GmbH und einzelkaufmännischer Gründungen gehen. Im Rechtsformwettbewerb hat das MoMiG mit der UG bereits jetzt das Potential ökonomisch unfundierter und von Frühsterblichkeit bedrohter Gründungen – 80% der UGs haben ein Stammkapital von unter 1000 € (Verf., S:R 2009 S. 74) – massiv erhöht. Das Problem ist jetzt freilich ein deutsches Problem, und die Rechtsprechung sieht sich – in den Worten Goettes – nicht als Reparaturbetrieb erkennbarer gesetzgeberischer Fehlentwicklungen. Das UG-Modell allgemein (vgl. Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 16/10739, Ziff.5) und besonders diese Entwicklung wird weiter zu beobachten sein. Auch die UG muss bekanntlich Bilanz legen.

RA Dr. Wilhelm Niemeier
(Weiler/Frankfurt)



2006 (826 An- und 237 Abmeldungen) bis Oktober 2008 (454 An- und 387 Abmeldungen) auf den folgenden Zeitraum, zeigt sich nämlich, dass sich die „Schere“ von mehr Abmeldungen als Anmeldungen ohnehin geöffnet hätte. Die UG mag – allenfalls – das monatliche Niveau von An- und Abmeldungen nach unten bzw. oben verstärkt und so den Schnittpunkt beider Trendlinien um 2 bis 3

Vom „Duft“ fremder Marken profitieren?

– Europäisches Gericht stärkt den Schutz bekannter Marken –

Vergleichslisten zu Generika und Originalmedikament, Werbemaßnahmen über Google-Adwords oder die Nutzung fremder Marken zu dekorativen Zwecken für eigene Produkte: Von der Sogwirkung einer fremden Marke zu profitieren, dürfte nach einer aktuellen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs („L'Oreal“) künftig deutlich schwieriger werden als bisher.

In dem jüngst vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entschiedenen Fall hatten Hersteller preiswerter Nachahmerparfums Vergleichslisten an potenzielle Abnehmer verteilt, in denen Markenparfums mit angeblich korrespondierenden Düften benannt wurden. Der EuGH entschied nun, dass dies sowohl markenrechtlich als auch wettbewerbsrechtlich unzulässig ist.

Eine derartige Vergleichsliste stellt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine vergleichende Werbung dar. Die namentliche Nennung einer fremden Marke ist dabei unter bestimmten Voraussetzungen zwar zulässig. Die Grenze zur Unzulässigkeit ist nach den Ausführungen des EuGH jedoch dann überschritten, wenn der Werbende die bekannte Marke mit der Absicht nennt, beim Publikum eine gedankliche Verbindung zur Absatzsteigerung des eigenen Produkts zu schaffen. **Es ist demnach verboten, in der eigenen**

Werbung von der Sogwirkung einer fremden Marke zu profitieren, indem ihre Anziehungskraft, ihr Ruf und ihr Ansehen für das eigene Produkt ohne jede Gegenleistung ausgenutzt werden. Die wirtschaftlichen Anstrengungen des Markeninhabers zur Schaffung und Aufrechterhaltung des Images einer Marke werden auch unabhängig davon geschützt, ob es im konkreten Fall zu Verwechslungen der Produkte oder zu einer Beeinträchtigung der Wertschätzung der geschützten Marke kommen kann.

Damit erkennt der EuGH im Markenrecht erstmals an, dass **neben der sog. Herkunftsfunktion der Marke** – also ihrer Funktion, bestimmte Produkte hinsichtlich ihrer Herkunft von anderen unterscheiden zu können – **auch andere Funktionen gesetzlich geschützt** sind, wie z.B. die Gewährleistung der Qualität der Produkte sowie die **Kommunikations-, Investitions- und Werbefunktion der Marke**.

Dieselben Wertungen wendet der EuGH in seiner Entscheidung auch für das Recht des unlauteren Wettbewerbs an. Demnach enthalten die Vergleichslisten zusätzlich eine **wettbewerbsrechtlich unzulässige vergleichende Werbung**: Zum einen, weil der Ruf der bekannten Marken unlauter ausgenutzt wird, zum anderen, weil die beworbenen Parfums in der Vergleichsliste zumindest konkludent

als Imitation der Originalprodukte dargestellt werden, was nach europäischem Recht ebenfalls verboten ist.

Insgesamt setzt die Entscheidung Anbietern, die in ihrer Werbung bekannte Marken nennen wollen – z.B. um Originalprodukte mit den eigenen Produkten zu vergleichen – engere Grenzen. Jedenfalls in Fällen, in denen die bekannte Marke offensichtlich zumindest auch deshalb genannt wird, um von der Sogwirkung dieser Marke für die eigenen Produkte zu profitieren, droht ein **Marken- und Wettbewerbsverstoß**.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung ist zu erwarten, dass der EuGH auch die **Benutzung von Adwords**, mit denen die eigenen, von den Originalprodukten verschiedenen Produkte z.B. bei Suchmaschinen beworben werden, kritisch beurteilen wird. Der EuGH ist erst kürzlich vom Bundesgerichtshof angerufen worden, um die Benutzung von Adwords markenrechtlich zu bewerten (siehe BGH, Beschlüsse vom 22.01.2009, Az. I ZR 125/07 – Bananabay).

RA Dr. Henrik Timmann
(rospatt osten pross – Intellectual Property
Rechtsanwälte)

EuGH-Entscheidung vom 18.06.2009 –
C-487/07, „L'Oreal“

EuGH-Urteil: Einziges Treffen zwischen Wettbewerbern kann abgestimmtes Verhalten begründen!

Bereits ein einziges Treffen zwischen Unternehmen kann eine abgestimmte Verhaltensweise gemäß Art. 81 Abs. 1 EG begründen. Dies entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Urteil vom 04.06.2009 in der Rechtssache C-8/08, Verfahren „T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV. Der Vermutungsumfang für abgestimmtes Verhalten wurde damit erweitert. Hintergrund der Entscheidung ist ein Vorabentscheidungsersuchen des niederländischen Verwaltungsgerichts für Handel und Gewerbe. Das Verfahren betraf einen Informationsaustausch von fünf Betreibern eines Mobilfunknetzes, deren Vertreter sich im Jahr 2001 ein einziges Mal getroffen hatten, um Informationen über die Kürzung von Vertragshändlervergütungen für sog. „Postpaid“-Verträge auszutauschen.

Wann verfolgt eine abgestimmte Verhaltensweise einen wettbewerbswidrigen

Zweck? Der Gerichtshof stellte heraus, dass eine abgestimmte Verhaltensweise dann einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolge, wenn sie aufgrund ihres Inhalts und Zwecks und unter Berücksichtigung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs konkret geeignet sei, den Wettbewerb zu beschränken. Jeder Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern verfolge somit einen wettbewerbswidrigen Zweck, sofern er geeignet sei, die Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen geplanten Verhaltens auszuräumen. Wichtig ist, dass es somit nur auf die Geeignetheit ankommt, den Wettbewerb zu beschränken. Ob im konkreten Einzelfall bestimmte Marktteilnehmer oder die Allgemeinheit tatsächlich zu Schaden kommen, ist unerheblich.

Müssen die nationalen Richter, die das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise prüfen, die vom EuGH auf-

gestellte Kausalitätsvermutung für abgestimmtes Verhalten anwenden? Der EuGH entschied, dass die nationalen Richter verpflichtet sind, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellte Kausalitätsvermutung anzuwenden – und nicht etwa davon abweichende Beweisregelungen des nationalen Rechts.

Wie weit reicht die Vermutung für ein abgestimmtes Verhalten? Zwischen der Abstimmung und der entsprechenden Verhaltensweise muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Ein solcher Zusammenhang kann vermutet werden, wenn die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmäßig stattfindet.

Ein solcher Kausalzusammenhang soll – laut EuGH – aber auch dann vermutet werden, wenn die Abstimmung auf einem einzigen Treffen der betroffenen Unternehmen beruht. Denn schon eine einzige Kontaktaufnahme könne je nach der Struktur des Markts grundsätzlich ausreichen, um es den beteiligten Unternehmen zu ermöglichen, ihr Marktverhalten abzustimmen. Dies gilt zumindest dann, wenn es – wie im entschiedenen Fall – um einen einzigen Wettbewerbsparameter (Kürzung von Provisionen) geht. Entscheidend sei nicht so sehr, wie viele Treffen es zwischen den beteiligten Unternehmen gegeben habe, sondern ob der Kontakt, der statt-

gefunden hat, es diesen ermöglicht habe, die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Verhaltens auf dem jeweiligen Markt zu berücksichtigen und eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle der mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken treten zu lassen.

Welche Praxisfolgen hat das Urteil? Bei einem Kartell mit komplexen Strukturen dürfte es – anders als im entschiedenen Fall – schwierig sein, eine Verhaltensabstimmung anhand eines einzigen Treffens zu vermuten. Nach der Entscheidung des EuGH dürfte es für die Unternehmen aber schwieriger werden, bei einem Informationsaustausch die Ver-

mutung für eine Verhaltensabstimmung zu widerlegen. Damit steht der Informationsaustausch unter Unternehmen, der durch die Schaffung von Markttransparenz auch positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann, unter einem noch größeren Vorbehalt als bisher.

RAin Dr. Ulrike Suchsland-Maser
(LL.M. [BDI])

EuGH-Urteil vom 04.06.2009 – C-8/08, „T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV“

HINTERGRUND:

Verbot abgestimmten Verhaltens zwischen Wettbewerbern

Nach Art. 81 Abs. 1 EG sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die

- den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnten

- und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Markts bezwecken oder bewirken.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs versteht man unter einer abgestimmten Verhaltensweise eine Koordinierung des Verhaltens, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wett-

bewerbs treten lässt. Gerade der gegenseitige Austausch von Geschäftsinformationen ist naturgemäß besonders geeignet, Rückschlüsse auf das Geschäftsverhalten der Informationen austauschenden Unternehmen zuzulassen. Dadurch kann die Selbstständigkeit unternehmerischer Entscheidungen im Wettbewerb beeinträchtigt werden.

Kurzhinweise zur Rechtsprechung und Verwaltung

	Entscheidung	Kurzinformation	Fundstelle
Abberufung eines Geschäftsführers wegen unheilbaren Zerwürfnisses in der Zweipersonen-Gesellschaft	BGH-Beschluss vom 12.01.2009 – II ZR 27/08	Zur Abberufung eines Geschäftsführers aus wichtigem Grund wegen eines unheilbaren Zerwürfnisses mit einem Mitgeschäftsführer reicht es aus, dass zwei oder mehrere Geschäftsführer untereinander so zerstritten sind, dass eine Zusammenarbeit zwischen ihnen nicht mehr möglich ist. Sein – nicht notwendigerweise schuldhaftes – Verhalten muss zu dem Zerwürfnis beigetragen haben. Ein Überwiegen des Verursachungsanteils ist nicht erforderlich, denn das Zerwürfnis hat – je nach Beschlusslage – zur Folge, dass jeder der beiden Gesellschafter-Geschäftsführer den anderen als Geschäftsführer abberuft bzw. kündigt, weil wechselseitig Ursachen für das Zerwürfnis gesetzt worden sind.	DB 2009 S. 557
Verletzung von Mitteilungspflichten – Reichweite des temporären Rechtsverlusts aus § 20 Abs. 7 AktG	BGH-Beschluss vom 20.04.2009 – II ZR 148/07	Der temporäre Rechtsverlust aus § 20 Abs. 7 AktG eines Aktionärs steht einem Treuepflichtverstoß oder Rechtsmissbrauch der übrigen Aktionäre ihm gegenüber nicht entgegen, da die Mitgliedschaft als solche nicht betroffen ist. Der temporäre Rechtsverlust berührt nur die Anfechtungsbefugnis aus § 245 Nr. 1 und 2, nicht jedoch Nr. 3, wenn die erforderliche Mitteilung noch vor dem Ablauf der Anfechtungsfrist erfolgt.	www.bundesgerichtshof.de

Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten	BGH-Urteil vom 20.04.2009 – II ZR 88/08	Ob der Kapitalanteil eines Kommanditisten unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist oder durch eine Gewinnentnahme herabgemindert wird (§ 172 Abs. 4 S. 2 HGB), beurteilt sich allein nach dem Inhalt der Bilanz. Gutgläubig kann der Kommanditist den Gewinn nach § 172 Abs. 5 HGB nur erhalten, wenn die Bilanz einen Gewinn ausweist, obwohl kein Gewinn entstanden ist (Unrichtigkeit der Bilanz) und sowohl der Kommanditist als auch die Personen, die die Bilanz errichtet haben, gutgläubig von der Richtigkeit der Bilanz ausgehen. Gewinn im Sinne des § 172 Abs. 5 HGB sind allein aufgrund eines Jahresabschlusses und eines Gewinnverwendungsbeschlusses ausgeschüttete Gewinne, nicht Gewinnvoraus- oder -garantiezahlungen.	DB 2009 S. 1289
Anfechtbarkeit eines Vorratsbeschlusses über die Ausschließung eines Gesellschafters von der Informationserteilung; Stimmrechtsausschluss des an einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers beteiligten Gesellschafters bei der Abstimmung über die Geschäftsführerabberufung	BGH-Urteil v. 27.04.2009 – II ZR 167/07	Ein Vorratsbeschluss über die Ausschließung eines Gesellschafters von der Informationserteilung für die Zeit der Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen ist anfechtbar. Das Teilnahmerecht des Gesellschafters umfasst auch den Anspruch auf die Teilnahme eines Beraters, wenn sich der Anspruch aus der Satzung oder der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht herleiten lässt. Gesellschafter unterliegen einem Stimmverbot bei der Abberufung des Geschäftsführers, wenn ihnen ein gemeinschaftliches Fehlverhalten vorgeworfen werden kann.	DB 2009 S. 1227
Rückabwicklung einer verdeckten gemischten Sacheinlage im Aktienrecht	BGH-Urteil vom 11.05.2009 – II ZR 137/08	Im Rahmen der beiderseitigen Bereicherungsansprüche gilt zwar das Aufrechnungsverbot des § 66 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 AktG nur für die Einlagenforderung, dennoch können die Bereicherungsansprüche nicht einzeln herausgegriffen und isoliert durch Klage oder Aufrechnung geltend gemacht werden. Ein Bereicherungsanspruch besteht nur, wenn nach Saldierung unter Berücksichtigung aller Be- und Entreichungsposten ein Überschuss verbleibt. In die Saldierung ist auch der Bereicherungsanspruch wegen unwirksamer Bareinlagenleistung mit einzubeziehen, weil er Teil des zusammengehörenden Geschäfts ist und der (scheinbaren) Bareinlagenleistung schon ihr Rückfluss gegenübersteht.	DB 2009 S. 1285
Eigenkapitalersatz (§§ 32a, 32b GmbHG a.F.) im Stadium der Vor-GmbH – kein Ausschluss durch Verlustdeckungshaftung	BGH-Urteil vom 06.04.2009 – II ZR 277/07	Allein aus der ehelichen Verbundenheit des Kreditgebers einer GmbH mit der Gesellschafterin ergibt sich keine Beweiserleichterung für die Charakterisierung der Gesellschafterin als Treuhänderin und des Kredits als eigenkapitalersetzend. Eine Beweiserleichterung in Form eines Anscheinsbeweises kommt allenfalls dann in Betracht, wenn entweder die Mittel vom Gesellschafter stammen oder dieser umgekehrt den Geschäftsanteil treuhänderisch für den Darlehensgeber hält. Des Weiteren sind die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts (§§ 32a, 32b GmbHG a.F.) auch auf die Vor-GmbH anwendbar und werden nicht durch die Vorbelastungshaftung der Gründungsgesellschafter verdrängt, da § 32a GmbHG a.F. andersartige Rechtsfolgen nach sich zieht und kein Grund besteht, den unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter einer Vor-GmbH von diesen Rechtsfolgen zu dispensieren.	DB 2009 S. 1454

Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung zur Aufgabe der finalen Entnahmetheorie durch den BFH

Am 20.05.2009 hat das Bundesfinanzministerium einen Nichtanwendungserlass zu einem vor knapp einem Jahr ergangenen Urteil des BFH v. 17.07.2008 zu einer Grundsatzfrage der Gewinnrealisierung bei der grenzüberschreitenden Überführung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische DBA-Betriebsstätte erlassen. Die Besonderheit besteht darin, dass die Rechtsprechung auch Bedeutung für das mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2006 eingeführte gesetzliche Entstrickungssystem entfaltet.

Rechtsprechungswechsel durch Aufgabe der sog. „finalen Entnahmetheorie“: Der BFH hat in seiner Entscheidung v. 17.07.2008 einen wegweisenden Rechtsprechungswechsel vollzogen. Seit dem Grundsatzurteil vom 16.07.1969 entsprach es der gut 40-jährigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, die Überführung eines Wirtschaftsguts durch ein deutsches Unternehmen in eine ausländische Betriebsstätte bzw. Personengesellschaft als gewinnrealisierende Entnahme zu behandeln. Die Rechtsprechung des BFH hat über Jahrzehnte den Begriff der sog. „finalen Entnahmetheorie“ geprägt, die dem deutschen Fiskus einen Anspruch auf den „Entnahmegewinn“ einräumt. Kernargument des BFH war, dass die „finale Entnahmetheorie“ ein deutsches Besteuerungsrecht an den stillen Reserven des in das Ausland überführten Wirtschaftsguts und somit aus der deutschen Besteuerungshoheit ausscheidenden Wirtschaftsguts sichert, falls sich Deutschland nach einem Doppelbesteuerungsabkommen dazu verpflichtet hat, den Gewinn der ausländischen Betriebsstätte bzw. Personengesellschaft nicht zu besteuern. Dieser Argumentation hatte sich die Finanzverwaltung zuletzt in den sog. Betriebsstättenverwaltungsgrundsätzen vom 24.12.1999 angeschlossen. Aus Billigkeitsgründen sah der Erlass bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern allerdings nicht die sofortige Besteuerung, sondern die zeitanteilige Verteilung des Gewinns über einen Zeitraum von maximal zehn Jahren vor (sog. Ausgleichspostenmethode). Der BFH ist nun in seiner Rechtsprechung vom 17.07.2008 aufgrund des Wandels bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen zu dem Ergebnis gelangt, dass es bei der Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte bzw. Personengesellschaft an einer gewinnverwirklichenden Entnahme fehlt, da der betriebliche Zusammenhang zwischen Stammhaus und ausländischer Betriebsstätte nicht gelöst wird, ein Außenumsatz nicht stattfindet und die spätere Besteuerung im Inland entstandener stiller Reserven durch die

DBA-Freistellung nicht eingeschränkt wird. Der Rechtsprechungswandel kommt insoweit aber nicht überraschend, da die finale Entnahmetheorie im Schrifttum mit der jetzt vom BFH übernommenen Argumentation bereits seit einigen Jahren in Frage gestellt wird. Im Ergebnis ist die sog. „finale Entnahmetheorie“ nach der neueren Rechtsprechung des BFH „ein großer Irrtum“.

Einführung eines gesetzlichen Entstrickungssystems ab 2006: Im Rahmen des SStEG hat der Gesetzgeber mit § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG bzw. § 12 KStG ein Entstri-



ckungssystem eingeführt (mit Ausgleichspostenwahlrecht nach § 4g EStG für EU/EWR-Fälle), das erstmals für die Veranlagungszeiträume ab 2006 gilt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll durch die gesetzliche Definition eines Entstrickungstatbestands die „finale Entnahmetheorie“ klargestellt werden. Diese Zielsetzung des Gesetzgebers geht aus dem Wortlaut der Vorschrift allerdings nicht ausdrücklich hervor. So steht nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG einer Entnahme für betriebsfremde Zwecke der Ausschluss oder die Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung oder Nutzung des Wirtschaftsguts gleich. Nach der h. M. im Schrifttum läuft § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG aufgrund der BFH-Entscheidung v. 17.07.2008 aber weitgehend leer, da es nach der Rechtsprechung bei der Überführung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische Betriebsstätte an dem rechtlichen Ereignis „Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts“ fehlt. Die Finanzverwaltung ist dagegen der Meinung, der gesetzgeberische Wille zur Verankerung der „finalen Entnahmetheorie“ sei zu beachten.

Folgerungen aus dem Nichtanwendungserlass: Mit dem Nichtanwendungserlass will die Finanzverwaltung zum einen si-

cherstellen, dass die „finale Entnahmetheorie“ i.S. der Betriebsstättenverwaltungsgrundsätze in den Veranlagungszeiträumen bis 2006 in allen verfahrensrechtlich noch offenen Fällen weiterhin anzuwenden ist. Dies geschieht nach dem Erlass im Vorgriff auf eine mögliche gesetzliche Regelung, die dann wohl unter Hinweis auf die gesetzliche Festschreibung der bisherigen Verwaltungspraxis nach den Betriebsstättenverwaltungsgrundsätzen mit Rückwirkung für die Veranlagungszeiträume vor 2006 eingeführt werden soll. Insoweit kündigt der Erlass einen neuen „Glanzpunkt deutscher Gesetzgebungskunst“ an. Die mit dem SStEG eingeführte gesetzliche Entstrickungsregelung i.S. des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG bzw. § 12 KStG wird nach Auffassung der Finanzverwaltung von der BFH-Rechtsprechung nicht berührt. Bei einem konsequenten Weiterdenken der Urteilsgrundsätze vermag dieses Ergebnis aber nicht zu überzeugen. Es fehlt an dem von der Vorschrift geforderten Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts durch die Überführung eines Wirtschaftsguts in eine DBA-Betriebsstätte. Ein gegenteiliges Ergebnis kann auch nicht damit begründet werden, mit § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG sei die „finale Entnahmetheorie“ mit dem der alten Rechtsprechung des BFH zugrunde liegenden Verständnis im Gesetz konserviert worden. Weitere Finanzgerichtsverfahren sind insoweit zu erwarten.

StB Dr. Christian Hick
(Flick Gocke Schaumburg)

Bundesfinanzministerium, Schreiben vom
20.05.2009 – DB 2009 S. 1324

Großes Aufatmen bei Insolvenzverwaltern – Finanzverwaltung nimmt pragmatische Rechtsansicht zu Umsatzsteuerpflichten ein

Die Finanz- und Wirtschaftskrise führt zur Hochkonjunktur für Insolvenzverwalter. Die Nachfrage an im Insolvenzrecht kundigen Rechtsanwälten ist daher hoch. Die zutreffende Abrechnung und Erfüllung der umsatzsteuerlichen Pflichten aber enthält so manche Tücke.

Für angestellte Rechtsanwälte, die in ihrer Berufsausübung als Insolvenzverwalter tätig wurden, war die korrekte Abwicklung der umsatzsteuerlichen Folgen ihres Tätigwerdens in der Vergangenheit ein aufwendiges und mit Risiken verbundenes Unterfangen. Häufig wurde die Abrechnung nach außen und die umsatzsteuerliche Würdigung im Innenverhältnis zur Kanzlei problematisiert. Nun aber wird dort Vereinfachung und eine pragmatische klare Sichtweise durch die Finanzverwaltung in Aussicht gestellt.

Ein Rechtsanwalt, der als Angestellter einer Anwaltskanzlei und im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit als Insolvenzverwalter tätig wird, wird als solcher persönlich bestellt. Sofern er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit persönlich zum Insolvenzverwalter bestellt wird und dieses Amt im Rahmen der Tätigkeit für den Arbeitgeber wahrnimmt, ist i.d.R. im Arbeitsvertrag geregelt, dass der Rechtsanwalt die daraus resultierende Verwaltervergütung (§ 63 InsO) an den Arbeitgeber

abzuführen hat. Im Außenverhältnis hingegen wird der Rechtsanwalt im eigenen Namen tätig. Im Innenverhältnis zum Arbeitgeber wiederum fehlt es an der Selbstständigkeit, und er ist damit insoweit nicht unternehmerisch tätig.

Diese Konstellation führte in der Vergangenheit zu erheblichen Problemen bei der zutreffenden umsatzsteuerlichen Abwicklung. Der Rechtsanwalt ist selbst Unternehmer und muss mit dem Insolvenzschnuldner im eigenen Namen abrechnen. Hierbei rechnete er häufig im eigenen Namen, aber mit Steuernummer, Bankverbindung und Geschäftsadresse des Arbeitgebers ab. Liegt keine ordnungsgemäße Rechnungsstellung vor, so hat hingegen der Insolvenzschnuldner keinen Vorsteuerabzug nach § 15 UStG. Aus Eingangsleistungen hat der angestellte Rechtsanwalt bei Vorliegen ordnungsgemäßer Rechnungen an ihn den Vorsteuerabzug.

Aber auch im Innenverhältnis zum Arbeitgeber wurde die Frage aufgeworfen, ob die Bereitstellung von Material- und Büroorganisation durch die Kanzlei selbige zum Vorsteuerabzug aus den Eingangsleistungen berechtige oder ob dies sogar eine unentgeltliche Wertabgabe (§ 3 Abs. 1b bzw. Abs. 9a UStG) zum angestellten Rechtsanwalt darstelle, sofern dieser nicht Sozius der Kanzlei ist. Letzte-

res führt dazu, dass Umsatzsteuer entsteht, diese aber vom Leistungsempfänger nicht als Vorsteuer abzugsfähig ist.

Die Finanzverwaltung nimmt nun eine pragmatische Rechtsansicht zu diesen Problemstellungen ein. Nach der Rundverfügung der OFD Frankfurt/Main vom 13.05.2009 wird an den oben dargestellten und bisher vertretenen Ansichten nicht mehr festgehalten.

Die von einem für eine Rechtsanwaltskanzlei als Insolvenzverwalter tätigen Rechtsanwalt ausgeführten Umsätze werden der Kanzlei zugerechnet. Dies gelte sowohl für angestellte Rechtsanwälte als auch für Gesellschafter der Kanzlei. Ein BMF-Schreiben sei bereits im Entwurf vorbereitet und enthalte eine Übergangsvorschrift bis zum 01.01.2010.

Für als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwälte wird sich daher zukünftig einiges vereinfachen und das Risiko einer fehlerhaften Behandlung behoben. Die Lösung ist aus pragmatischer Sicht begrüßenswert, auch wenn dogmatisch einige Fragen offen bleiben.

RA/StB Dipl. Fw Carsten Höink
(Flick Gocke Schaumburg)

OFD Frankfurt/Main, Rdvfg. vom
13.05.2009 – S7104A-81-St110

Kurz Hinweise zur Rechtsprechung und Verwaltung

	Entscheidung	Kurzinformation	Fundstelle
Mitunternehmerinitiative	BFH-Urteil vom 21.04.2009 – II R 26/07	Mitunternehmerisiko setzt die Teilhabe am Erfolg der gewerblichen Tätigkeit voraus, d.h. die Beteiligung am laufenden Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven einschließlich eines Geschäftswerts. Veräußert ein Kommanditist seine Kommanditbeteiligung vollständig sowie die im Sonderbetriebsvermögen gehaltene Beteiligung an der Komplementär-GmbH bis auf einen Restanteil von zwei Prozent, liegt wegen fehlenden Mitunternehmerrisikos keine Mitunternehmerinitiative vor. Mitunternehmerisiko liegt auch dann nicht mehr vor, wenn der bisherige Kommanditist weiterhin über eine ungesicherte Kapitalforderung gegen die Personengesellschaft verfügt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Kapitalforderung nicht unangemessen verzinst ist bzw. der bisherige Kommanditist über seine verbleibende Stellung als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH unangemessen vergütet wird. Das fehlende Mitunternehmerisiko kann auch nicht durch eine fortbestehende Geschäftsführungsbefugnis bzw. ein etwaiges Vetorecht ausgeglichen werden.	www.bundesfinanzhof.de

Teilwertzuschreibung auf der Passivseite der Bilanz: Wechselkurschwankungen bei Fremdwährungsverbindlichkeiten als dauerhafte Wertänderung?	BFH-Urteil vom 23.04.2009 – IV R 62/06	Kurserhöhungen einer Währung, welche einer Fremdwährungsverbindlichkeit zugrunde liegt, verändern den Rückzahlungsbetrag der Verbindlichkeit und damit den Teilwert. Ob die Veränderung des Währungskurses eine dauerhafte Erhöhung des Teilwerts begründet, hängt von der Laufzeit der Verbindlichkeit ab. Bei Fremdwährungsverbindlichkeiten, die – wie im Streitfall – eine Restlaufzeit von 10 Jahren haben, ist davon auszugehen, dass keine dauerhafte Erhöhung vorliegt, da sich Währungsschwankungen grds. ausgleichen.	DB 2009 S. 1439
Schenkung einer Forderung mit Besserungsabrede	BFH-Urteil vom 21.04.2009 – II R 57/07	Wegen § 1 Abs. 2 ErbStG, nach dem bei fehlender gegenteiliger Bestimmung die Vorschriften über den Erwerb von Todes wegen auch auf Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden, gilt § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG auch bei Schenkung einer betagten Forderung. Somit wird die Schenkung einer Forderung mit Besserungsabrede in dem Moment ausgeführt, in dem der Besserungsfall eingetreten ist, und nicht bereits im Zeitpunkt der Zuwendung der Forderung. Unabhängig von der zivilrechtlichen Einordnung der Besserungsabrede stellt der Eintritt des Besserungsfalls aus erbschaftsteuerrechtlicher Sicht ein zukünftiges Ereignis dar, von dem im Zeitpunkt der Übertragung der Forderung ungewiss ist, ob es überhaupt eintritt.	BFH/NV 2009 S. 1205
Bewertung von verdeckt eingelegten Anteilen an Kapitalgesellschaften	BFH-Urteil vom 04.03.2009 – I R 32/08	§ 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 b) EStG, wonach die Einlage von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft i.S. des § 17 Abs. 1 EStG abweichend von der Grundregel des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 EStG nicht mit dem Teilwert, sondern mit den Anschaffungskosten der eingelegten Anteile zu bewerten ist, ist im Rahmen einer verdeckten Einlage teleologisch zu reduzieren. Auch Anteile an Kapitalgesellschaften i.S. des § 17 Abs. 1 EStG sind im Rahmen einer verdeckten Einlage mit ihrem Teilwert zu bewerten. Sofern die Anteile in eine Kapitalgesellschaft eingelegt werden, liegt daher kein Erwerb unter dem Teilwert gem. § 8b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 KStG 2002 vor, auch wenn der Teilwert irrtümlich zu niedrig angesetzt wird.	DB 2009 S. 1382
Private Nutzung eines Firmenwagens durch Gesellschafter-Geschäftsführer als verdeckte Gewinnausschüttung oder lohnsteuerlich erheblicher Vorteil	BFH-Beschluss vom 23.04.2009 – VI B 118/08	Jedenfalls wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer seinen Dienstwagen nicht vertragswidrig nutzt, sondern sich auf eine im Anstellungsvertrag ausdrücklich zugelassene Gestattung stützen kann, liegt in der privaten Nutzung ein lohnsteuerlich erheblicher Vorteil, aber keine verdeckte Gewinnausschüttung. Die private Nutzung eines Firmenwagens kann dann eine verdeckte Gewinnausschüttung, bei der der Nutzungsvorteil nach Fremdvergleichsmaßstäben mit dem gemeinen Wert und nicht mit 1 % des Listenpreises anzusetzen ist, darstellen, wenn die Nutzung vertragswidrig erfolgt.	BFH/NV 2009 S. 1188

Arbeitgeber nach Verbandsaustritt weiterhin an Flächentarifverträge gebunden

Können Arbeitgeber durch „Tarifflucht“, d.h. durch Austritt aus dem Arbeitgeberverband, tarifliche Bindungen kurzfristig beenden? Die Beantwortung dieser gerade in Krisenzeiten höchst praxisrelevanten Frage hängt maßgeblich davon ab, ab welchem Zeitpunkt „flüchtige“ Arbeitgeber durch abweichende – ungünstigere – Vereinbarungen mit Arbeitnehmern und Betriebsräten tarifliche Regelungen ersetzen können. Klarheit bringt nun eine aktuelle Entscheidung des BAG vom 01.07.2009.

Schon bisher galt: Allein der Austritt aus dem Arbeitgeberverband bewirkt keinen tariflosen Zustand. Der Arbeitgeber ist auch danach an die vom Arbeitgeberverband geschlossenen Flächentarifverträge kraft so genannter Nachbindung zwingend gebunden (§ 3 Abs. 3 TVG). In diesem Stadium sind untertarifliche Vereinbarungen auf Betriebsebene daher unzulässig. Abweichende Abmachungen zum Nachteil der Arbeitnehmer werden erst während der sich anschließenden Phase der so genannten Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) wirksam. Bisher höchststrichterlich nicht entschieden war allerdings, ob das Nachbindungsstadium über den Wortlaut des TVG hinaus zeitlich zu begrenzen ist. In seiner bisher lediglich als Pressemitteilung vorliegenden Entscheidung hat der 4. Senat diese seit Jahren kontrovers diskutierte Frage erstmals beantwortet. Arbeitgeber wird das Ergebnis nicht erfreuen.

Der Fall: Die beklagte Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der saarländischen Metallindustrie. Auf das Arbeitsverhältnis der Beklagten und des klagenden Arbeitnehmers fand kraft beiderseitiger Tarifbindung der erstmals zum 31.12.2004 kündbare Manteltarifvertrag (MTV) Anwendung. Dieser sah eine 35-Stunden-Woche und die Möglichkeit freiwilliger Vereinbarungen zur Arbeitszeitverlängerung unter vollem Lohnausgleich vor. Im September 2004 trat die beklagte Arbeitgeberin aus dem

Arbeitgeberverband aus. Im Februar 2005 vereinbarte sie mit dem Kläger und den meisten seiner Kollegen – abweichend vom MTV – eine Anhebung der regelmäßigen Arbeitszeit ohne Lohnausgleich. Zu diesem Zeitpunkt war der MTV weder geändert noch gekündigt. Mit seiner Klage verlangt der Kläger die Feststellung, dass die geschlossene Änderungsvereinbarung tarifwidrig und daher unwirksam sei. Auch für die Zeit nach dem Austritt aus dem Arbeitgeberverband habe er Anspruch auf Lohnaus-



gleich für die über die regelmäßige tarifliche Arbeitszeit hinaus geleisteten Arbeitsstunden. In den Vorinstanzen war die Klage erfolgreich. Mit seiner Entscheidung bestätigt das BAG die Instanzurteile.

Der Senat stellt klar, der einschlägige MTV sei auch nach dem Verbandsaustritt der Beklagten bis zu dessen Beendigung für die Arbeitsvertragsparteien zwingend und nicht durch die arbeitsvertragliche Änderungsvereinbarung aus Februar 2005 verdrängt worden. Denn die Nachbindung eines Tarifvertrages ende weder mit dem auf den Verbandsaustritt folgenden nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin noch in Ablehnung an die Frist des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB ein Jahr nach dem Ende der Verbandsmitgliedschaft. Es komme mithin nicht auf den Zeitpunkt an, zu dem der streitige Flächentarifvertrag erstmals gekündigt werden *könnte*, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem er

wirksam gekündigt – oder geändert – wird. Damit erteilt der 4. Senat der von der Beklagten und einer im tarifrechtlichen Schrifttum vertretenen Auffassung eine klare Absage: Entscheidend ist die tatsächliche Beendigung, nicht die Beendigungsmöglichkeit.

Mit seinem Urteil überlässt es das BAG praktisch dem Zufall, ob und wann ehemalige Mitglieder eines Arbeitgeberverbands aus der Tarifbindung entlassen werden.

Gerade bei Manteltarifverträgen, die oft Jahre oder gar Jahrzehnte unverändert gelten, droht Arbeitgebern trotz Verbandsaustritts eine ungewollt lange, im Extremfall sogar eine Ewigkeitsbindung. Gleichwohl äußert der Senat unter dem Gesichtspunkt der negativen Koalitionsfreiheit keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken. Dies mag man bezweifeln. Nichtsdestotrotz wird sich die Praxis darauf einstellen müssen, dass der Weg aus der Krise nicht über „Betriebliche Bündnisse für Arbeit“ allein führen wird. Kurzfristige Lösungen sind nur mit den Gewerkschaften möglich.

Gleichwohl ist der Verbandsaustritt als Gestaltungsoption nicht „tot“. Dieser ist nach wie vor ein taktisches Mittel, Gewerkschaften an den Verhandlungstisch zu bringen. Nur werden sie sich – anders als in der Vergangenheit – kaum zwingen, sondern sich schlechtere tarifliche Regelungen allenfalls gegen teure Bestandsschutzgarantien abkaufen lassen. Für viele Unternehmen wird dieser steinige Weg kaum finanzierbar sein. In der Krise mag sich der durch die BAG-Entscheidung scheinbar erzielte Erfolg der Gewerkschaften daher als Pyrrhussieg erweisen – Leidtragende sind dann die von Massenentlassungen betroffenen Arbeitnehmer.

RAin/FAAR Dr. Sandra Urban-Crell
(McDermott Will & Emery)

BAG-Urteil vom 01.07.2009 – 4 AZR 261/08

„Nur wer schreibt, (bei Freiwilligkeit) bleibt!“

– Das BAG beerdigt die Rechtsfigur der gegenläufigen betrieblichen Übung –

Vertragliche Ansprüche des Arbeitnehmers können bekanntlich nicht nur durch vertragliche Vereinbarung, sondern auch im Wege einer betrieblichen Übung begründet werden. Darunter versteht man die regelmäßige (in der Regel dreimalige) und vorbehaltlose Leistung des Arbeitgebers, aus der die Arbeitneh-

mer schließen dürfen, dass ihnen diese Leistung auch in Zukunft gewährt werden wird.

Wie konnten sich Arbeitgeber bislang von Pflichten aus „betrieblicher Übung“ lösen? Gerade in wirtschaftlich angespannten Zeiten haben viele Arbeitgeber ein Interesse daran, von einer solchermaßen entstandenen

Leistungsverpflichtung wieder loszukommen. Da es sich bei einer betrieblichen Übung um einen vertraglichen Anspruch handelt, ist dabei zunächst an das Instrument der Änderungskündigung zu denken (§ 2 KSchG). Wer als Arbeitgeber eine solche Kündigung einmal versucht hat, wird wissen, dass die Vo-

oraussetzungen an ihre Rechtmäßigkeit in der Praxis kaum zu erfüllen sind. Bislang konnte eine betriebliche Übung aber auch im Wege einer sog. „gegenläufigen betrieblichen Übung“ aufgehoben werden. Dieser Möglichkeit hat das BAG mit Urteil vom 18.03.2009 (10 AZR 281/08) nun den Boden entzogen.

Worum geht es bei der gegenläufigen betrieblichen Übung? Nach bisheriger Rechtsprechung konnte der Arbeitgeber bei Leistungen aufgrund betrieblicher Übung hinzufügen, dass es sich bei der Zahlung um eine freiwillige Leistung handle, auf die zukünftig kein Rechtsanspruch mehr bestehen solle. Wenn die Arbeitnehmer diese Praxis über einen Zeitraum von drei Zahlungsterminen widerspruchsfrei hinnahmen, so hatte der Arbeitgeber eine gegenläufige betriebliche Übung geschaffen, die es ihm nun ermöglichte, tatsächlich frei über die Leistung zu entscheiden.

Aus vertragsrechtlichen Gründen war diese Rechtsprechung seit jeher heftig kritisiert worden, sodass sich das BAG genötigt sah, die Anforderungen an die Entstehung einer gegenläufigen betrieblichen Übung erheblich zu verschärfen. Neben seinem deutlichen Willen, die betreffende Gratifikation ab sofort nur unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gewähren zu wollen, musste der Arbeitgeber danach auch unmissverständlich darauf hinweisen, dass die bisherige betriebliche Übung der vorbehaltlosen Zahlung beendet werden und an deren Stelle in Zukunft eine Leistung treten soll, auf die kein Rechtsanspruch besteht (BAG vom 04.05.1999 – 10 AZR 290/98).

BAG schafft gegenläufige betriebliche Übung ab: Doch auch diese – erschwerte – gegenläufige betriebliche Übung soll nach der genannten Entscheidung vom 18.03.2009 nun nicht mehr möglich sein. Ein Anspruch aus betrieblicher Übung soll vielmehr einem ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbarten Anspruch gleichstehen und daher nur noch durch Kündigung oder Änderungsvereinbarung mit dem Arbeitnehmer verschlechtert oder beseitigt werden können.

Dabei hat das Gericht offengelassen, ob in dem Freiwilligkeitsvorbehalt, den der Arbeitgeber in den Lohnabrechnungen ab einem bestimmten Zeitpunkt aufgenommen hatte, überhaupt ein Vertragsangebot i.S. des § 145 BGB gesehen werden konnte. Jedenfalls könne der widerspruchsfreie Entgegennahme einer unter Freiwilligkeitsvorbehalt gezahlten Gratifikation und damit dem Schweigen des Arbeitnehmers wegen § 308 Nr. 5 BGB nicht die Bedeutung einer Annahmeerklärung zuerkannt werden, so die Richter. Vielmehr soll, wie das Urteil nicht ganz widerspruchsfrei an anderer Stelle ausführt, eine ausbleibende Reaktion des Arbeitnehmers als Ablehnung zu

bewerten sein. Man kann sich fragen, ob damit nicht die Entstehung einer betrieblichen Übung überhaupt unmöglich wird.

Da der dem Fall zugrunde liegende Arbeitsvertrag bereits 1971 abgeschlossen worden war, hätte es nahegelegen, hier einen gewissen Vertrauensschutz einzuräumen. Ein solcher kommt aus Sicht des Gerichts allerdings zu Recht nicht in Frage, da die seit 2002 auf den Arbeitsvertrag anzuwendenden Normen des AGB-Rechts nun einmal den bewussten politischen Willen des Gesetzgebers manifestieren, Arbeitnehmer besserzustellen. Verfehlt ist freilich die Begründung der Richter, welche auf die Rechtslage aufgrund des verschärfenden Urteils von 1999 – immerhin 28 Jahre nach Abschluss des Arbeitsvertrags ergangen – verweist.

Was folgt aus dem Urteil? Nach der in Folge der Schuldrechtsreform immer restriktiver werdenden Rechtsprechung zu arbeitsvertraglichen Klauseln ist die Abschaffung der gegenläufigen betrieblichen Übung ein weiterer Schritt in die Richtung einer angelsächsischen Vertragskultur, wonach die Länge der Verträge und damit der Beratungsbedarf der Parteien stetig steigen. Gleichzeitig werden systematisch Hürden für zusätzliche Zahlungen des

auf. So soll der Arbeitgeber das Entstehen einer betrieblichen Übung dadurch verhindern können, dass er die jeweilige Zahlung mit einer schriftlichen Mitteilung verbindet, wonach die betreffende Leistung einmalig ist und zukünftige Ansprüche ausgeschlossen sein sollen. Eine solche, einem Freiwilligkeitsvorbehalt gleichstehende Klausel soll – die richtige Formulierung vorausgesetzt – nach Ansicht der Richter einer ABG-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB standhalten können.

In diesem Zusammenhang sei nur kurz auf die zahlreichen, zumeist sehr einschränkenden Urteile der letzten Monate zu Freiwilligkeitsvorbehalten in Arbeitsverträgen verwiesen. Es sollte Mut machen, dass das BAG diese früher so selbstverständliche Möglichkeit der Einstellung zusätzlicher Leistungen und damit notwendigerweise überhaupt die Voraussetzung ihrer Zahlung noch nicht ganz aufgegeben hat. Wenn das BAG allerdings in seiner zweiten Entscheidung vom 18.03.2009 den Vorbehalt auch nicht an der Frage der unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) hat scheitern lassen und stattdessen auf die grundsätzliche Möglichkeit einer Vereinbarung von Kürzungen hinweist, so heißt dies aber eben doch, dass damit kein allgemeiner Freibrief erteilt wird. Vielmehr kommt es eben auf die Formulierung der konkreten Klausel an. Dass hier ein Arbeitsvertrag aus Anfang der 70er-Jahre des vorigen Jahrhunderts schlecht aussieht, liegt auf der Hand.

Für Arbeitgeber gilt deshalb: Ordnungsgemäßes Vertragsmanagement erfordert die regelmäßige Überprüfung der Verträge. Alles andere ist im Zeitalter des AGB-Rechts zumindest fahrlässig!

RA/FAArbR Dr. Paul Melot de Beauregard,
LL.M. / RAin Dr. Vera Glas
(McDermott Will & Emery)

BAG-Urteil vom 18.03.2009 – 10 AZR 281/08, DB 2009 S. 1186

BAG-Urteil vom 18.03.2009 – 10 AZR 289/08



Arbeitgebers an den Arbeitnehmer aufgebaut. Da auch ein genereller vertraglicher Abschluss betrieblicher Übungen durch eine doppelte Schriftformklausel nicht möglich sein soll (vgl. BAG vom 20.05.2008 – 9 AZR 382/07), wird die Zahl (vermeintlich) freiwilliger Leistungen weiter abnehmen.

Für Arbeitgeber, die sich dennoch nicht von einer Leistung ggü. ihren Arbeitnehmern abhalten lassen, jedoch eine Verpflichtung zur Zahlung vermeiden wollen, zeigt das BAG in einem anderen Urteil, ebenfalls vom 18.03.2009 (10 AZR 289/08), einen Weg

Von SinnLeffers bis Karstadt

– Folgen der Mieterinsolvenz aus Sicht des Vermieters und Immobilienerwerbers

Die aktuellen Entwicklungen bei Hertie, Woolworth, Karstadt und verschiedenen Einzelhändlern sowie die wachsende Anzahl von in Schieflage geratenen Immobilienfinanzierungen zeigen: Die Zeit der Notverkäufe von Immobilien durch Investoren, Banken und Insolvenzverwalter steht unmittelbar bevor. Investitionen in notleidende Immobilien sind im gegenwärtigen Marktumfeld insbesondere im Lichte der möglichen oder bereits eingetretenen Insolvenz des Mieters oder des Vermieters zu prüfen.

Folgen der Mieterinsolvenz aus Sicht des Vermieters

Schon im Vorfeld einer Insolvenz zeigen sich oftmals Anzeichen für finanzielle Schwierigkeiten des Mieters. Es laufen Mietrückstände auf oder der Mieter bittet den Vermieter um Stundung oder (Teil-)Erlass von Mietforderungen. Erfüllt der Mieter in dieser Situation bereits eingetretene Mietrückstände, ist der Vermieter der Gefahr der späteren Insolvenzanfechtung ausgesetzt: Gem. § 130 Abs. 1 Insolvenzordnung (InsO) kann der Insolvenzverwalter eine gläubigerbenachteiligende Befriedigung des Vermieters innerhalb der letzten drei Monate vor dem Insolvenzantrag anfechten. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Vermieter die Zahlungsunfähigkeit des Mieters kannte.

Leistet der Mieter im Monat vor dem Insolvenzantrag eine Sicherheit oder Befriedigung, die der Vermieter so nicht beanspruchen konnte (sog. „inkongruente Deckung“, diese kann ggf. schon dann angenommen werden, wenn der Mieter zur Abwendung einer angedrohten fristlosen Kündigung zahlt), ist die Anfechtung ohne Weiteres möglich; erfolgte die Leistung bis zu drei Monate vor dem Insolvenzantrag, so ist sie anfechtbar, wenn der Mieter schon zahlungsunfähig war oder der Vermieter wusste, dass der Mieter wegen seiner finanziellen Lage andere Gläubiger auf absehbare Zeit nicht befriedigen kann (§ 131 Abs. 1 InsO). Sind sich sowohl Mieter als auch Vermieter über die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Leistung im Klaren, kann diese sogar angefochten werden, wenn sie bis zu *zehn* Jahre zurückliegt (§ 133 Abs. 1 InsO).



RA Dr. Uwe Goetker

ist Partner bei McDermott Will & Emery.

Die angefochtene Leistung ist vom Vermieter der Insolvenzmasse zurückzuerstatten (§ 143 Abs. 1 InsO). Im Ergebnis kann der Vermieter sich also nicht darauf verlassen, einmal vereinbarte Mietzahlungen im Insolvenzfall stets behalten zu dürfen.

Im Falle der Insolvenz sind mit Blick auf das Insolvenzverfahren zwei Phasen zu unterscheiden: Das Insolvenzeröffnungsverfahren, das mit Stellung eines Insolvenzantrags beginnt, und das durch Beschluss des Insolvenzgerichts eröffnete Insolvenzverfahren.

Ist ein Insolvenzantrag gestellt, schließt § 112 InsO bereits eine Kündigung des Vermieters wegen rückständiger Mieten aus der Zeit *vor* der Antragstellung bzw. wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Mieters aus. Der Vermieter kann sich also während des Insolvenzeröffnungsverfahrens grundsätzlich *nicht* aus dem Mietverhältnis lösen. Dabei ist noch nicht einmal sicher, dass der Vermieter mit den während des Eröffnungsverfahrens auflaufenden Mietforderungen befriedigt wird. Denn sog. „Masseverbindlichkeiten“, die vorweg zu befriedigen sind und für die der Insolvenzverwalter ggf. selbst aufkommen muss, entstehen während des Insolvenzeröffnungsverfahrens nur dann, wenn aus-

nahmsweise ein sog. „starker“ – also mit Verfügungsbefugnis ausgestatteter – vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt ist. Im Regelfall heißt das für den Vermieter, dass nach Insolvenzantragstellung entstehende Mietrückstände nur (regelmäßig wertlose) Insolvenzforderungen sind, soweit sie nicht durch das gesetzliche Vermieterpfandrecht gesichert sind.

Das Kündigungsrecht des Vermieters wegen Zahlungsverzugs für *nach* Insolvenzantragstellung entstehende Forderungen bleibt demgegenüber bestehen. Hierdurch und durch zügige Geltendmachung des Vermieterpfandrechts kann der Vermieter seinen Mietausfall begrenzen.

Ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die dann fällig werdenden Mietforderungen sog. „Masseverbindlichkeiten“, die vor den ungesicherten Insolvenzgläubigern zu erfüllen sind. Nach § 108 Abs. 1 InsO bestehen Mietverhältnisse auch nach Insolvenzeröffnung fort. Alleiniger Ansprechpartner des Vermieters ist fortan der zur Verwaltung und Verfügung über das Vermögen des Mieters befugte Insolvenzverwalter, sofern nicht ausnahmsweise die Eigenverwaltung angeordnet wurde. Soweit der Vermieter nicht die Masseunzulänglichkeit anzeigt, kann der Vermieter wieder mit Mietzahlungen rechnen. Jedoch ist der Vermieter nunmehr der außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses durch den Insolvenzverwalter ausgesetzt: Gem. § 109 Abs. 1 InsO kann der Insolvenzverwalter ein Mietverhältnis über eine Immobilie *ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer* kündigen. Die Kündigungsfrist beträgt in diesem Falle drei Monate zum Monatsende, sofern sich nicht aus dem Mietvertrag eine kürzere Kündigungsfrist ergibt. Den ihm durch die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses entstehenden Schaden kann der Vermieter nur als ungesicherter Insolvenzgläubiger geltend machen. Das Vermieterpfandrecht sichert diese Forderungen *nicht* ab.

Für den wirtschaftlichen Wert der Vermieterforderungen ist entscheidend, ob es sich um bloße Insolvenzforderungen handelt (mit denen der Vermieter in der Regel ausfällt) oder ob diese vom Insolvenzverwalter aus der Mas-

se vorweg zu befriedigen sind. Es gilt der Grundsatz, dass alle Forderungen, die sich auf den Zeitraum *vor* Insolvenzeröffnung beziehen, sog. „einfache Insolvenzforderungen“ sind, während ab Insolvenzeröffnung entstehende Forderungen grundsätzlich vom Insolvenzverwalter als sog. „Masseverbindlichkeiten“ zu erfüllen sind. Daher können Nebenkostennachzahlungen für vergangene Abrechnungszeiträume ebenso wie die vor Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Schönheitsreparaturen und Instandsetzungsansprüche lediglich zur Insolvenztabelle angemeldet werden. Dagegen ist der Anspruch auf Rückgabe des Mietobjekts, wenn das Mietverhältnis während des Insolvenzverfahrens endet, als sog. Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO vom Insolvenzverwalter *stets* zu erfüllen. Dies betrifft allerdings nur die Besitzverschaffung als solche. Ersatzforderungen des Vermieters etwa wegen nicht ordnungsgemäßer Rückgabe (mangels Räumung oder Rückbaus) können nur zur Insolvenztabelle angemeldet werden. Dagegen ist eine etwaige Nutzungsentschädigung wegen Fortsetzung des Gebrauchs der Mietsache eine Masseverbindlichkeit.

Rahmenbedingungen für den Erwerb einer Immobilie bei Insolvenz des Mieters

Sind Immobilien infolge der Insolvenz des Mieters mit den vorstehend dargestellten Problemen behaftet, sind Notverkäufe insbesondere für opportunistische Investoren,



die nicht über die Ressourcen, Erfahrung und den zeitlichen Investitionshorizont der klassischen Bestandshalter verfügen und die Objekte häufig mit hohen Fremdkapitalquoten finanziert haben, oftmals der einzig gangbare Weg. Der Käufer einer Immobilie, deren Mieter insolvent ist, tritt grundsätzlich in die Rechtsposition des bisherigen Eigentümers und Vermieters ein. Es gilt der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“, wonach der Erwerber einer Immobilie in bestehende Mietverhältnisse einrückt (§ 566 BGB). Etwas anderes gilt nur, wenn der Insolvenzverwalter von dem Sonderkündigungsrecht nach § 109 InsO Gebrauch gemacht und den Mietvertrag mieterseitig gekündigt hat. In diesem Falle erwirbt der Käufer die Immobilie, sofern der Mieter bei Eigentumsumschreibung im Grundbuch ausgezogen ist, ohne den früheren Mietvertrag. Er muss allerdings

damit rechnen, dass die Flächen mieterseitig unter Umständen nicht ordentlich geräumt und vor allem keine Schönheitsreparaturen oder Rückbauarbeiten mehr durchgeführt werden. Denn insofern handelt es sich um einfache Insolvenzforderungen.

Geht der Mietvertrag des insolventen Mieters aber auf den Erwerber über, steht dem Erwerber aufgrund der Insolvenz des Mieters grundsätzlich kein Sonderkündigungsrecht zur Beendigung des Mietverhältnisses zu, es sei denn, der neue Eigentümer erwirbt die Immobilie im Wege der Zwangsversteigerung oder auch der Vermieter war insolvent.

Dies gilt auch, wenn für den Fall der Mieterinsolvenz im Mietvertrag ein Recht zur außerordentlichen Kündigung vorgesehen ist. Eine solche Vereinbarung ist *unwirksam*, da sie gegen das im Interesse des insolventen Mieters bestehende Wahlrecht des Insolvenzverwalters verstößt, den ggf. betriebsnotwendigen Mietvertrag fortzuführen (§ 108 InsO) oder zu kündigen (§ 109 InsO).

Im Übrigen bestehen beim Erwerb einer Immobilie, deren Mieter insolvent ist, keine Besonderheiten. In Fällen wie Hertie und Karstadt ist jedoch einzelfallbezogen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang gem. § 613a BGB vorliegen und der Kaufinteressent im Falle des Erwerbs der Immobilie ggf. auch in bestehende Arbeitsverhältnisse eintritt. Die Beurteilung dieser Frage hängt von den jeweiligen Einzelfallumständen ab.

Zählen Sie zu den Gewinnern!

Mit präzisen Analysen und handfesten Tipps verbessert die M&A REVIEW die Erfolgsquote engagierter Praktiker. Jeden Monat zeigen namhafte Autoren die erfolgskritischen Faktoren auf, damit Sie beim Kaufen, Verkaufen, Fusionieren und Kooperieren den Überblick behalten und richtig entscheiden können. Für die gezielte Recherche steht Abonnenten zusätzlich die M&A REVIEW Online-Datenbank mit allen Heftinhalten seit 1990 zur Verfügung.

Die hohe fachliche Kompetenz sichert die M&A REVIEW durch die Schirmherrschaft des Instituts für Betriebswirtschaft der Universität St. Gallen.



Schnell & einfach bestellen * (Anruf kostenlos)

Verlagsgruppe Handelsblatt

Telefon **08 00/000 1637***

Telefax **08 00/000 2959***

Internet **www.mareview.de**

Konkretisierte Anforderungen an den Aufsichtsrat durch das BilMoG

– Konsequenzen für die Unternehmenspraxis –

Neben vielfältigen Änderungen in der Bilanzierungspraxis stellt das neue Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) erhöhte Anforderungen an die Corporate Governance deutscher Unternehmen. Neben der Verpflichtung zur Entsprechenserklärung nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) und Angaben im Lagebericht zur Unternehmensführung sowie über das interne Kontrollsystem und Risikomanagement wurden konkretisierte Anforderungen an den Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss verankert. Diese neuen gesetzlichen Regelungen zu Einrichtung und Aufgaben des Aufsichtsrats/Prüfungsausschusses stellen die Unternehmen in der Praxis vor große Herausforderungen.

Einrichtung eines Prüfungsausschusses

Zwar lässt das BilMoG den Aktiengesellschaften die Wahl, einen Prüfungsausschuss einzurichten, jedoch wird die Empfehlung des Gesetzgebers, einen solchen Fachausschuss einzurichten, aus den Erwägungen bei der Gesetzesentstehung sehr deutlich. Auch bei Fehlen eines Prüfungsausschusses müssen die konkretisierten Anforderungen berücksichtigt werden und sind dann durch den Gesamtaufsichtsrat wahrzunehmen (vgl. Begründung RegE BilMoG, BT-Drs. 16/10067 S. 92).

Die Bundesregierung trägt mit diesem Wahlrecht dem Umstand Rechnung, dass es in Deutschland viele kleinere Aktiengesellschaften mit einem gering besetzten Aufsichtsrat gibt und dort die Bildung eines Prüfungsausschusses wenig sinnvoll wäre. Die Empfehlung zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses bezieht sich vor allem auf große Gesellschaften mit einem umfangreich besetzten Aufsichtsrat, in dem ein fachkundiger Ausschuss mit besonderen Überwachungsaufgaben betraut wird.

Besetzung des Aufsichtsrats/Prüfungsausschusses

An den Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss werden durch das BilMoG strengere Anforderun-



Dr. Oliver Engels

ist Partner bei KPMG, Frankfurt.

gen an deren Besetzung gestellt. So muss bei kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften mindestens ein Mitglied unabhängig sein und über Sachverstand auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen. Beide Eigenschaften sind somit in mindestens einer Person zu vereinigen.

Zwar definiert das BilMoG die Begriffe „unabhängig“ und „Sachverstand“ nicht, aber aus der EU-Kommissionsempfehlung vom 15.02.2005 geht hervor, dass ein Aufsichtsrat unabhängig ist, wenn er frei von geschäftlichen, familiären oder anderweitigen Beziehungen zu dem Unternehmen, dessen Mehrheitsaktionär oder dem Vorstand ist, die einen Interessenskonflikt begründen könnten. Ausgenommen hiervon ist die wirtschaftliche Verbindung über die Aufsichtsratsvergütung. In der Gesetzesbegründung zum BilMoG wird einem Aufsichtsrat Sachkunde unterstellt, wenn er sich beruflich mit der Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung beschäftigt. Hierzu zählen neben Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern auch Finanzvorstände und fachkundige Angestellte aus den Bereichen des Rechnungswesens und Controllings.

Wenn also ein ehemaliger Finanzvorstand einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft in den Aufsichtsrat seiner eigenen Gesellschaft wechselt, kann er nicht als unabhängig betrachtet werden. Hier müsste erst eine gewisse Zeitspanne („cooling off period“) vergehen, bis man wiederum von einer Unabhängigkeit ausgehen kann. Insbesondere kleinere Aktiengesellschaften und Familien-AGs, die am Kapitalmarkt aktiv sind, werden Schwierigkeiten haben, ihren Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss nach den Vorgaben des BilMoG mit einem unabhängigen und sachkundigen Mitglied zu besetzen. Häufig weisen in kleinen Aufsichtsräten die Mitglieder jeweils nur eines der beiden Kriterien auf und verkörpern selten beides in einer Person.

Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats/Prüfungsausschusses

Die konkretisierten Überwachungspflichten des Aufsichtsrats sind im § 107 Abs. 3 S. 2 AktG geregelt und können an einen Prüfungsausschuss delegiert werden. Danach muss der Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss folgende Elemente überwachen:

- den Rechnungslegungsprozess,
- die Wirksamkeit des Risikomanagementsystems, des internen Kontrollsystems (IKS) und des internen Revisionssystems,
- die Abschlussprüfung und insbesondere die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers.

Entscheidend bei diesen konkretisierten Überwachungspflichten ist, dass der Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss sich aktiv durch den Vorstand über den Zustand der einzelnen Elemente informieren muss, sich also nicht mehr nur passiv auf die Informationsversorgung verlassen darf.

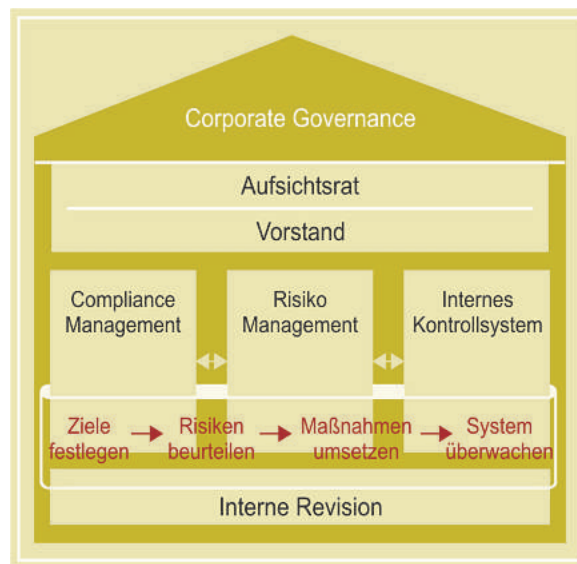
Bei der geforderten *Überwachung des Rechnungslegungsprozesses* zielt der Gesetzgeber auf die Kontrolle der Entstehungsabläufe ab. D.h. in Zukunft muss sich der Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss darüber vergewissern, dass Organisationsaufbau und -ablauf zweckgerichtet ausgestaltet sind. In der Praxis wird der Aufsichtsrat vor das Problem gestellt,

sich aussagekräftige Informationen über die internen Unternehmensabläufe zu beschaffen, um zu einer Einschätzung zu kommen.

Bei der *Überwachung der Wirksamkeit des Risikomanagementsystems, des internen Kontrollsystems (IKS) und des internen Revisionssystems* durch den Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss verlangt der Gesetzgeber nicht, dass diese Systeme einzurichten sind. Die Entscheidung darüber, ob diese Systeme eingeführt werden und wie diese ausgestaltet werden, obliegt dem Ermessen des Vorstands. Der Vorstand muss sich bei seiner Entscheidung über die Einrichtung und Ausgestaltung der Kontroll- und Überwachungssysteme davon leiten lassen, keine Sorgfaltspflichtverletzung zu begehen. Sofern solche Systeme im Unternehmen existieren, ist der Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss angehalten, deren Wirksamkeit zu überprüfen. Dies schließt die Beurteilung der Angemessenheit und Funktionsfähigkeit ein.

Das Gesetz lässt allerdings offen, wie eine solche Wirksamkeitsüberprüfung zu erfolgen hat. Einigkeit besteht darüber, dass eine Wirksamkeitsprüfung bei der entsprechenden Dokumentation über diese Systeme beginnt und bis hin zu einer Beurteilung durch einen unabhängigen Dritten gehen kann. Der Aufsichtsrat muss sich bei der Überwachung in weiten Teilen auf die Aussagen des Vorstands und die vorgelegten Dokumentationen verlassen. Dabei ist es unerlässlich, dass die Aufsichtsratsmitglieder die Aussagen und bereitgestellten Informationen kritisch hinterfragen. Basierend auf diesen Erkenntnissen muss der Aufsichtsrat das Risikomanagementsystem, das interne Kontrollsystem und das interne Revisionssystem nachvollziehbar und objektiv bewerten und danach Empfehlungen und Verbesserungen gegenüber dem Vorstand aussprechen. Er muss also davon Kenntnis haben,

- inwieweit Risikomanagementsystem, IKS und interne Revision angemessen sind,
- ob diese Systeme Schwächen aufweisen und was zu deren Beseitigung unternommen werden muss.
- Insbesondere bei vorhandenen Schwächen sind zusätzliche Aktivitäten durch den Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss erforderlich.
- Bei Fehlen dieser Systeme ist der Aufsichtsrat gefordert, sich über deren Notwendigkeit ein Bild zu machen und ggf. den Vorstand dazu anzuhalten, ein entsprechendes unternehmerisches Kontrollsystem zu installieren.



Hiermit geht das BilMoG entscheidend weiter als die Anforderungen, die durch das KonTraG erhoben wurden. Das KonTraG forderte von den Unternehmen lediglich eine Risikofrüherkennung bestandsgefährdender Risiken, machte aber keine Anforderungen zu deren Behandlung. Das BilMoG spricht hingegen von einem Risikomanagementsystem, welches nicht nur die Früherkennung, sondern auch die Behandlung von Risiken bis hin zu deren Berichterstattung einschließt. Ferner wird nicht mehr nur auf bestandsgefährdende Risiken abgezielt, sondern auf alle wesentlichen Risiken. Dies umfasst nicht nur operative Risiken und Risiken für die Finanzberichterstattung, sondern betrifft auch strategische Risiken und Compliance-Risiken. Diese erweiterte Sicht des BilMoG auf das Risikomanagement der Unternehmen ist teilweise in der Unternehmenspraxis noch nicht umgesetzt.

Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss haben ferner die Aufgabe, *die Abschlussprüfung und insbesondere die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers* zu überwachen. Die Überwachung der Abschlussprüfung beginnt bei der sachgerechten Auswahl des Abschlussprüfers und reicht bis zum Ende des Prüfungsauftrags. Um hierbei eine wirksame Aufsicht führen zu können, bedarf es der Kenntnis des Aufsichtsrats-/Prüfungsausschussmitglieds über den Ablauf einer Abschluss- oder Sonderprüfung. Insbesondere soll die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers sichergestellt werden. Dazu muss der Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss möglichst frühzeitig die Risiken kennen, welche die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers gefährden könnten.

Die beschriebenen Bestimmungen gelten nicht nur für kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften, sondern auch für andere Gesellschaften, die einen Aufsichtsrat haben, wie

zum Beispiel die mitbestimmte GmbH oder die KGaA.

Insbesondere wird derzeit in der Praxis die Bedeutung für mittlere GmbHs ab 500 Mitarbeiter oder große GmbHs mit mehr als 2.000 Mitarbeiter unterschätzt, die jeweils nach Drittelbeteiligungsgesetz bzw. Mitbestimmungsgesetz einen Aufsichtsrat zu bilden haben, der anteilig mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen ist. Die konkretisierten Überwachungsaufgaben gelten jedoch entgegen der teilweise verbreiteten Auffassung nicht nur für kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften, sondern für alle Gesellschaften, die einen Aufsichtsrat haben. Dieses stellt insbesondere mittelgroße GmbHs und Familienunternehmen vor das Problem, sich

mit den Überwachungspflichten vertraut zu machen. Dies setzt eine Sachkunde im Aufsichtsrat voraus, die der Gesetzgeber zwar von nicht-kapitalmarktorientierten Gesellschaften nicht explizit fordert, die aber in der Natur der Sache liegt.

Inwieweit diese BilMoG-Corporate Governance-Anforderungen auch Auswirkungen auf andere Organisationsformen wie z.B. Stiftungen und öffentliche Unternehmen haben werden, darüber gehen die Meinungen teilweise auseinander. Es ist davon auszugehen, dass von Organisationen mit Beiräten oder Kuratorien, die eine Aufsichtsratsfunktion ausüben, die Erfüllung der erweiterten Überwachungsaufgaben erwartet werden wird.

Integrierte Corporate Governance als Antwort auf BilMoG

Vor dem Hintergrund der weitreichenden Anforderungen des BilMoG an die Überwachung der Wirksamkeit der Corporate Governance-Elemente – Risikomanagementsystem, internes Kontrollsystem und interne Revision – fragen sich viele Unternehmen zu Recht, wie diese neuen Gesetzesbestimmungen effizient umgesetzt werden können.

Der Nutzen liegt ganz klar in einer besseren Kontrolle und damit auch Steuerung des Unternehmens. Mit der Überwachung der Wirksamkeit dieser Systeme verschafft sich der Aufsichtsrat/Prüfungsausschuss eine höhere Transparenz über die Risiken und Abläufe im Unternehmen. So können Fehlentwicklungen frühzeitig erkannt und Gegenmaßnahmen ergriffen werden. Auch im Fall von Regelverstößen von Mitarbeitern und Organen hilft die Dokumentation der Kontrollsysteme, Haftungen aufgrund der Verletzung der Sorgfalts-

pflcht oder von Organisationspflichten zu vermeiden.

Die Kosten lassen sich durch eine abgestimmte Ausgestaltung dieser Systeme im Rahmen halten. Eine integrierte Corporate Governance betrachtet das Risikomanagement, das interne Kontrollsystem, die interne Revision und ein Compliance Managementsystem als zusammengehörige Bestandteile einer guten Unternehmensführung und -kontrolle.

Die Grafik auf S. 177 verdeutlicht diese Sichtweise.

Durch die Vermeidung von redundanten Aktivitäten, wie z.B. die Risikoidentifikation und -bewertung innerhalb des Risikomanagements, des Compliance Managements, des internen Kontrollsystems und gleichzeitig im Rahmen der risikoorientierten Revisionsplanung, kann der Aufwand reduziert werden. So sind auch die Organe der Gesellschaft

dankbar für eine integrierte Berichterstattung statt einer Flut von Einzelberichten. Die Schwierigkeit besteht darin, die Schnittstellen zwischen den verschiedenen Bereichen sauber zu definieren, Verantwortlichkeiten abzugrenzen und die Organisation dafür entsprechend umzugestalten. Doch nach diesem Initialaufwand werden die oben genannten Nutzenpotenziale mit geringem Aufwand erreicht.

Literatur-Check:

Die Bilanzrechtsreform 2009/10 – Handels- und Steuerbilanz nach BilMoG

Innerhalb nur eines Monats nach Veröffentlichung des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) im Bundesgesetzblatt am 25.05.2009 haben die Autoren *Dirk Fischer, Manfred Günkler, Dr. Guido Neubeck* und *Dr. Michael Pannen* eine umfassende bilanzpostenorientierte Kommentierung zu den Auswirkungen des BilMoG auf die Handels- und Steuerbilanz fertiggestellt. Die Kommentierung wird ergänzt um nützliche Arbeitshilfen und Materialien, die hilfreich für den Einsatz des Werks in Theorie und Praxis sind.

Das Werk richtet sich vorrangig an mittelständische Unternehmen, die ihre Handels- und Steuerbilanz unter Beachtung des HGB, des EStG und weiteren deutschen Normen zu erstellen haben. Gleichsam ist das Werk für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und andere Dienstleister interessant, die mittelständische Unternehmen mit Erstellungs-, Beratungs- und Prüfungsdienstleistungen begleiten.

Auf Besonderheiten kapitalmarktorientierter Unternehmen, branchenspezifische Besonderheiten und Abweichungen zu den IFRS wird konsequent nur dann eingegangen, wenn dies die Kommentierung der Norm erforderlich macht und die Fokussierung auf den Mittelstand nicht behindert. Damit haben die Autoren einen konsequenten Fokus. Mit diesem Fokus dürfte das Werk für eine Vielzahl von Unternehmen relevant sein. Da die geänderten Bilanzierungsvorschriften spätestens für Geschäftsjahre, die nach dem 31.12.2009 beginnen, anzuwenden sind, und eine systematische Auseinandersetzung mit dem BilMoG rechtzeitig vorher erforderlich ist, empfehlen die Autoren ihrer Zielgruppe richtigerweise eine frühzeitige Beschäftigung mit dem BilMoG.

Die Kommentierungen enthalten umfassende Darlegungen zu den Auswirkungen der Bilanzrechtsreform. Dabei erfolgt jeweils bilanzpostenbezogen zunächst eine allgemeine, zusammenfassende Darstellung der Auswirkungen. Anschließend wird systematisch zunächst auf Ansatz-, dann Bewertungs- und schließlich Ausweisfragen eingegangen. Abschließend wird jeweils auf Folgen der erstmaligen Erstellung von Handels- und Steuerbilanz eingegangen; Gestaltungsoptionen, die sich nach der Bilanzrechtsmodernisierung ergeben, werden zudem umfassend und praxisorientiert dargestellt. Die Kommentierungen enthalten daneben an angebrachten Stellen illustrierende Beispiele und wertvolle Praxishinweise.

Nach einer kurzen prägnanten Darstellung des Gegenstands und Zwecks des BilMoG wird im Werk zunächst auf die den Mittelstand entlastenden Vorschriften eingegangen. Dargestellt werden hier die neuen Regeln zur Befreiung von der Buchführung und Bilanzierung sowie die Änderungen der Größenklassen. Diese Neuerungen kommen bereits für Geschäftsjahre zur Anwendung, die nach dem 31.12.2007 enden.

Bevor die bilanzpostenorientierten Kommentierungen erfolgen, werden zunächst Bilanzierungs- und Bewertungsgrundlagen dargelegt, die eine postenübergreifende Bedeutung haben. Eingegangen wird hier auf die Grundsätze der Zurechnung von Vermögensgegenständen nach wirtschaftlichen bzw. rechtlichen Kriterien (z.B. Leasing), die neu eingeführte Ansatzstetigkeit, den geänderten Herstellungskostenbegriff, den Zeitwert sowie die Bewertungsgrundlagen für Passivposten (z.B. Erfüllungsbetrag). Des Weiteren wird auch auf die wichtigen Aspekte Währungsumrechnung, Bewer-

tungseinheiten, Verrechnung/Saldierung von Vermögensgegenständen mit Schulden, Abschreibungswahlrechte und Wertaufholungsgebot eingegangen. Man erkennt bereits bei diesen Kapiteln die stringente Mittelstands-fokussierung. So werden bei der Darstellung des als neuem Bewertungsmaßstab eingeführten Zeitwert-Begriffs nur die für mittelständische Unternehmen relevanten Zeitwerte bei Planvermögen (z.B. Rückdeckungsversicherungsansprüche, Wertpapiervermögen zur Sicherung von Altersteilzeitverpflichtungen) und bei wertpapiergebundener Pensionsrückstellung eingegangen. Da der Gesetzgeber eine umfassendere Zeitwertbewertung von zu Handelszwecken gehaltenen Finanzinstrumenten anders als zunächst geplant nur für Kreditinstitute eingeführt hat, wird auf letztere Darstellung zielgruppenorientiert verzichtet. Ebenfalls den bilanzpostenorientierten Kommentierungen vorangestellt werden Ausführungen zum Maßgeblichkeitsprinzip. Dargestellt werden nicht nur das bisherige Recht und die Änderungen, sondern auch die Konzeption des Gesetzes sowie die Reichweite der materiellen Maßgeblichkeit bei Beibehaltung der konkreten Maßgeblichkeit und Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit.

Bei der umfassenden bilanzpostenorientierten Darstellung werden systematisch diejenigen Posten untersucht, bei denen durch das BilMoG Änderungen hervorgerufen werden. Schwerpunkt der Darstellungen bilden hier – wie nicht anders zu erwarten – die Kapitel zu immateriellen Vermögensgegenständen (Wahlrecht zur Aktivierung von Entwicklungskosten), zu Rückstellungen (insbesondere der Pensionsrückstellung) und zu latenten Steuern. Dies werden die Posten sein, bei denen die größten

Auswirkungen bei mittelständischen Unternehmen zu erwarten sind. Durch die bilanzpostenorientierte Darstellung kann der Leser so seine eigene Bilanz, Posten für Posten, untersuchen, um festzustellen, ob das BilMoG zu Änderungen bei der Bilanzierung führt und welche Gestaltungsoptionen es gibt.

Hervorzuheben ist, dass man an diversen Stellen Kommentierungen findet, die man trotz der Masse der zum BilMoG erschienenen Fachbeiträge in Zeitschriften und Sammelbänden bisher nicht findet. Beispielhaft sind hier die Überlegungen zu Bewertungseinheiten zu nennen, die über den neuen § 254 HGB hinausgehen oder die konzeptionellen Gedanken zur Währungsumrechnung.

Abgerundet werden die Kommentierungen durch Darstellungen zum Konzernabschluss und zum (Konzern-)Lagebericht. Auch hier werden analog zur Struktur des Aufbaus der Kommentierungen zur Handels- und Steuerbilanz die für mittelständische Unternehmen maßgeblichen Änderungen dargestellt. Umfassend kommentiert werden im Konzernteil des Werks insbesondere das neue Konzept des beherrschenden Einflusses, welches zu einer Ausweitung der in den Konzernabschluss einzubeziehenden Unternehmen führt (insb. Zweckgesellschaften), die Währungsumrechnung, die Kapitalkonsolidierung sowie der Geschäfts- oder Firmenwert.

Ergänzt wird das Werk um Checklisten und Arbeitshilfen. Hier können die Adressaten des Werks einen schnellen Überblick über die Ansatz- und Bewertungsvorschriften vor und nach dem BilMoG sowie vergleichend dazu zur Steuerbilanz bekommen. Den wesentlichen Umfang dieses Teils des Werks nimmt die Anhangscheckliste ein. Sie ermöglicht nicht nur eine normenadäquate Erstellung (oder Prüfung) eines Anhangs nach dem BilMoG, sondern zeigt durch optische Hervorhebungen (z.B. Unterstreichungen, Fettdruck), welche Normen neu oder geändert sind und welche Normen in welchem Geschäftsjahr anzuwenden sind. Letzteres ist relevant, da viele Anhangsangaben bereits im Jahresabschluss vor (Regelfall Jahresabschluss 2009) der pflichtmäßigen Anwendung der neuen Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden (Regelfall Jahresabschluss 2010) anzugeben sind. Auch in der Anhangscheckliste sind die Angaben konsequent nach Bilanzposten geordnet.

Der Materialien-Teil enthält eine synoptische Darstellung des HGB. Dargestellt wird die Fassung vor und nach der Bilanzrechtsreform. Auch hier sind optische Hervorhebungen vorhanden, die einen guten Überblick über den Anwendungszeitpunkt der geänderten Norm geben. Gleichsam sind hier auch andere wichtige Gesetze, insbesondere das EStG und das EGHGB, aber auch das GmbHG und das AktG aufgeführt, sofern es sich um Vorschriften zur Handels- oder

Steuerbilanz handelt. Abschließend enthält das Werk ein Stichwortverzeichnis, mit dem man schnell zu bestimmten Begriffen zielorientiert Informationen findet.

Die Mehrfarbigkeit des Werks und inhaltserschließende Kopfzeilen unterstützen bei der Auseinandersetzung mit der „Bilanzrechtsreform 2009/10“.

Das Werk unterscheidet sich von anderen vorliegenden Werken zum BilMoG durch die stringente bilanzpostenorientierte Darstellung, die Aufnahme von Arbeitshilfen (insbesondere Anhangscheckliste) und von Materialien (insbesondere konsolidierte Darstellung des HGB und EStG). Das Werk ist zudem kein Sammelband, der eine Aneinanderreihung von einzelnen mehr oder weniger abgestimmten Beiträgen enthält, sondern eine in sich abgestimmte adressatenorientierte Kommentierung zur Handels- und Steuerbilanz nach dem BilMoG.

Das Werk kann der Zielgruppe uneingeschränkt empfohlen werden. Grund hierfür sind nicht nur die konsequent dargelegten Kommentierungen einschließlich der dargelegten Gestaltungsoptionen. Zudem findet man derzeit zu einem Preis von nur 34,80 € kein vergleichbar gutes Werk.

Deloitte (Hrsg.) – Die Bilanzrechtsreform 2009/10 – Handels- und Steuerbilanz nach BilMoG, Bonn/Berlin 2009, ISBN 978-3-08-440046-1

Prof. Dr. Kai-Uwe Marten

Internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung



**Weil Bruchstücke Sie nicht weiterbringen:
Alles über Rechnungslegung in KoR.**

Deutschlands erste Fachzeitschrift zur internationalen und kapitalmarktorientierten Rechnungslegung aus der Verlagsgruppe Handelsblatt.

Gratisheft ordern: 0 800 . 000 16 37 (Anruf kostenlos!)



www.KoR-online.de

Arbeit & Soziales

Arbeitgeber nach Verbandsaustritt
weiterhin an Flächentarifverträge
gebunden 172

„Nur wer schreibt, (bei Freiwilligkeit)
bleibt!“ 172

Bilanzierung & Rechnungslegung

Konkretisierte Anforderungen an den
Aufsichtsrat durch das BilMoG –
Konsequenzen für die Unternehmens-
praxis 176

Finanzierung & Kapitalmarkt

Veröffentlichung von Beteiligungszielen
bei börsennotierten Gesellschaften 164

Gesellschaftsrecht & Corporate Governance

„Back to square one“ – der
kontinuierliche Niedergang der Limited 165

Insolvenz

Von SinnLeffers bis Karstadt – Folgen der
Mieterinsolvenz aus Sicht des Vermieters
und Immobilienerwerbers 174

Steuern & Abgaben

Nichtanwendungserlass der Finanz-
verwaltung zur Aufgabe der finalen
Entnahmetheorie durch den BFH 169

Großes Aufatmen bei Insolvenz-
verwaltern – Finanzverwaltung nimmt
pragmatische Rechtsansicht zu
Umsatzsteuerpflichten ein 170

Wettbewerb

Vom „Duft“ fremder Marken
profitieren? 166

EuGH-Urteil: Einziges Treffen zwischen
Wettbewerbern kann abgestimmtes
Verhalten begründen! 166



Erschließen Sie sich als Finanzprofi den Zugang zu den wichtigsten Fachinformationen rund um das Thema Unternehmensbewertung. **Überzeugen Sie sich selbst!**



FACHZEITSCHRIFT



BEWERTUNGSSERVICE



ONLINE-DATENBANK



NEWS-DIENST



SEMINARE



Für alle Finanzprofis: Fachwissen optimieren – mit dem FINANZ BETRIEB KOMPETENZ-PORTFOLIO!

Jetzt bestellen! ☎ 0800 / 0 00 - 29 59 ☎ 0800 / 0 00 - 16 37 🌐 www.finanz-betrieb.de

Ja, ich will das FINANZ BETRIEB KOMPETENZ-PORTFOLIO kostenlos testen!

☐ Bitte senden Sie mir drei Ausgaben FINANZ BETRIEB und eine Ausgabe Bewertungs-Praktiker kostenlos zu. Falls ich diese Fachtitel nicht weiter beziehen möchte, teile ich Ihnen das innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der 3. Ausgabe schriftlich mit. Hören Sie nichts von mir, erhalte ich FINANZ BETRIEB und quartalsweise BewertungsPraktiker zum Jahresvorzugspreis von € 267,- inkl. MwSt., zzgl. € 12,- Versand. Vorzugspreis für Studenten gegen aktuelle Bescheinigung € 127,50 inkl. MwSt. und € 12,- Versand.

PA-FBNK0155

☐ Anschrift privat ☐ Anschrift geschäftlich

Name, Vorname _____

Firma (bitte nur bei Firmenanschrift angeben) _____

Beruf / Funktion / Abteilung _____

Straße, Nr. _____

PLZ, Ort _____

Telefon (für evtl. Rückfragen) _____

E-Mail _____ Geburtsdatum _____

Datum _____ 1. Unterschrift _____

Unsere Vertrauensgarantie:
Mir ist bekannt, dass ich diese Bestellung innerhalb der folgenden zwei Wochen ohne Begründung bei der Fach-
verlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH (AG Düsseldorf, HRB 30329), Kundenservice, Kasernenstraße 67,
40213 Düsseldorf, schriftlich per Datenträger (Postkarte, Brief etc.) widerrufen kann. Zur Fristwahrung genügt
die rechtzeitige Absendung. Dies bestätige ich mit meiner 2. Unterschrift.

Datum _____ 2. Unterschrift _____

Fachbeiträge

aktuelle Meldungen

Finanzierungsmöglichkeiten

Wachstums-, Projekt- und Gründungsfinanzierung,

Factoring

Due Diligence, Nachfolgeregelungen,

Basel II

Finanzierung im Mittelstand

Erschließen Sie sich die komplexe Welt der Finanzierung

Mezzanine, Businessplanung und Monitoring, Liquiditätsplanung

Due Diligence,

Rating

Basel II

Neu!

Finanzierung im Mittelstand liefert quartalsweise mit verständlich formulierten Fachbeiträgen und aktuellen Meldungen einen aktuellen Überblick über alle Fragen rund um das Thema Finanzierung aus der Sicht des Mittelstandes, z.B. über verschiedene Finanzierungsalternativen, die Themen Businessplanung und Monitoring, Liquiditätsplanung und -steuerung, Finanzkennzahlen und angrenzende Themenfelder wie Unternehmensbewertung, M&A, Due Diligence und Rating.

Finanzierung im Mittelstand richtet sich an Vorstände, Geschäftsführer und Finanzverantwortliche in mittelständischen Unternehmen.

In Kooperation mit

BDO

BDO Deutsche Warentruhand AC
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft



DZB BANK

**SCHÄFFER
POESCHEL**

FACHVERLAG
Verlagsgruppe Handelsblatt



Jetzt kostenfrei testen!

☒ **Ja, ich möchte Finanzierung im Mittelstand kostenfrei testen!**

Bitte senden Sie mir kostenfrei eine aktuelle Ausgabe zur Probe zu. Sollte mich FIM wider Erwarten nicht überzeugen, melde ich mich innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der 1. Ausgabe bei: Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, Kundenservice, Kasernenstraße 67, 40213 Düsseldorf. Andernfalls erhalte ich die regelmäßige Zustellung 4x im Jahr zum Vorzugspreis von € 24,- inkl. MwSt., zzgl. € 4,- Versandkosten.

☐ Firma ☐ Privat

Name

Vorname

Firma (bitte nur bei Firmenanschrift angeben)

Beruf / Funktion / Abteilung

Straße, Nr. / Postfach

Fax: 0800 - 000 2959,

Tel.: 0800 - 000 1637,

E-Mail: fim.leserservice@fachverlag.de

www.fim-magazin.de

PLZ

Ort

Telefon (für evtl. Rückfragen)

@

E-Mail

Geburtsdatum

X

Datum, Unterschrift

PA-FMNK0003

KoR

IFRS-Fachportal

IFRS InfoDienst

Wegweisende IFRS-Kompetenz



KoR – eine der führenden Fachzeitschriften zur internationalen Rechnungslegung

Die **monatliche Fachzeitschrift** zur internationalen Rechnungslegung (**KoR**) mit aktuellen Beiträgen, praxisorientierten Fallstudien, Nachrichten (auch zu neuesten Entwicklungen im nationalen Bilanzrecht), Zeitschriftenspiegel, Buchbesprechungen und Veranstaltungshinweisen. Abonnenten steht ein Online-Archiv mit allen Inhalten seit 2001 kostenlos zur Verfügung. **Infos unter: www.KoR-online.de**

IFRS-Fachportal – das umfangreiche Service-Angebot führender IFRS-Medien wie KoR und DER BETRIEB

Recherchieren Sie mittels ausgefeilter Suchfunktionalität in **mehr als 22.000 Dokumenten** (u. a. IFRS-relevanten Fachbeiträgen, Fallstudien, IFRS-Kommentar von Baetge et al., Standards sowie Interpretationen). Unter „Wirtschaftspresse.biz“ steht Ihnen zudem das **umfassende Online-Archiv von Handelsblatt und WirtschaftsWoche** zur Verfügung. **Infos unter: www.IFRS-Fachportal.de**

IFRS InfoDienst – der kompakte PDF-Newsletter für den Praktiker

Herausgegeben von der Akademie für Internationale Rechnungslegung stellt der **IFRS InfoDienst** monatlich die **für den Praktiker wichtigsten Entwicklungen** bei den „Standard-Settern“ zusammen – eine gezielte Zusammenstellung aktueller Nachrichten zu Ereignissen sowie zu Trends aus Forschung und Praxis (IAS/IFRS, US-GAAP, DRSC). Den IFRS InfoDienst erhalten Sie als **PDF-Dokument** per E-Mail.

Infos unter: www.IFRS-InfoDienst.de

**Jetzt gratis
testen!**

www.fachverlag-shop.de
0800-000 29 59
0800-000 16 37