

Forum Juris

Unternehmensrecht. Kompakt.



Inhalt

- 2 Vorwort
- 3 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2014)
- 6 Konsequenzen aus der Entscheidung des LG Essen in Sachen Middelhoff für die Unternehmenspraxis
- 8 Anforderungen an qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarungen
- 10 Haftung für Ordnungswidrigkeiten der übertragenden Gesellschaft bei Verschmelzung durch Aufnahme
- 12 Einfluss des Gewinnausschüttungsbeschlusses auf den Zeitpunkt des Zuflusses
- 14 Zeitliche Begrenzung von nachvertraglichen Kundenschutzklauseln zu Lasten von GmbH-Gesellschaftern
- 16 Revolution bei der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat?
- 18 Fehlerhafte Widerrufsbelehrung: Rechtsprechungs-Update I
- 19 BGH: Aufklärungspflichten einer Bank bei Cross-Currency-Swap-Verträgen
- 21 Bedarf es eines besonderen AGB-Rechts für Unternehmen?
- 24 Fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages bei Vielzahl unwesentlicher Pflichtverletzungen des Franchise-Nehmers
- 26 Reform des Insolvenzrechts – Größere Rechtssicherheit für Lieferanten in der Insolvenz des Geschäftspartners
- 29 Zur sekundären Beweislast bei Verletzung eines Schutzgesetzes
- 31 BNetzA-Festlegung: Die neuen Standard-Netznutzungsverträge in der Stromwirtschaft – eine Analyse
- 33 Zur Sozialauswahl bei betriebsbedingter Änderungskündigung

Vorwort



Andreas Jentgens

Rechtsanwalt, Partner
Service Line Corporate/M&A
Tel: +49 (0)211 8772 2227
ajentgens@deloitte.de

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Mandanten,

wir freuen uns, Ihnen die zweite Ausgabe unserer Mandanteninformation Forum Juris im Jahr 2015 übersenden zu können, in der wir aktuelle und praxisrelevante Entwicklungen auf dem Gebiet der Gesetzgebung und der Rechtsprechung für Sie zusammengestellt haben.

Der Bundesgerichtshof hat im März 2015 eine für die Praxis sehr wichtige Entscheidung zur Rechtsnatur sowie zu den Anforderungen an eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung getroffen. Wir stellen Ihnen diese Entscheidung und die u.U. schwerwiegenden Folgen für die Praxis vor, insbesondere im Hinblick auf die spätere Aufhebung von Rangrücktrittsvereinbarungen.

Eine sehr progressive Entscheidung hat das Landgericht Frankfurt am Main kürzlich zur Mitbestimmung in Aufsichtsräten getroffen. Während bisher zur Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen ausschließlich im Inland tätige Arbeitnehmer herangezogen wurden, hat das Landgericht Frankfurt nun entschieden, dass auch im Ausland tätige Arbeitnehmer zur Ermittlung der für die Anwendung der Regeln über die Mitbestimmung maßgeblichen Unternehmensgröße heranzuziehen sind. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Sollte es Bestand haben, würde dies eine Revolution im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei deutschen Unternehmen bedeuten.

Ein weiterer Beitrag in unserer Ausgabe beschäftigt sich mit dem aktuellen Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Aktiengesetzes (der sog. Aktienrechtsnovelle 2014). Nachdem der letzte Angang einer Reform des Aktiengesetzes – die Aktienrechtsnovelle 2012 – letztlich nur in der Form des „Gesetzes zur Verbesserung

der Kontrolle der Vorstandsvergütung und zur Änderung weiterer aktienrechtlicher Vorschriften“ (VorstKoG) mündete und auch dieses wegen Meinungsverschiedenheiten zur „say-on-pay“ bei der Vorstandsvergütung im Herbst 2013 scheiterte, startet der Gesetzgeber nun also einen neuen Reformversuch, diesmal freilich ohne die so kontrovers diskutierte Regelung zur Entscheidung der Hauptversammlung über die Vorstandsvergütung.

Neben dem Hinweis auf die im Inhaltsverzeichnis angegebenen und für Sie hoffentlich interessanten Themen, möchten wir auf die dritte Ausgabe des **Deloitte International Dismissal Survey** hinweisen, die kürzlich erschienen ist. Die Studie umfasst die Gesetzgebung 31 europäischer Länder und zeigt, dass Abfindungssummen stark variieren, obwohl sich die Kündigungsregelungen europaweit ähneln. Dabei zieht die Kündigung von Arbeitsverhältnissen in Deutschland geringere Zahlungen nach sich als in vielen Nachbarländern. Sie finden die vollständige Studie zum Download unter <http://www.deloittelegal.de/de/services/employment-and-pension>.

Nutzen Sie auch die Deloitte Legal Dbriefs, um über rechtliche Trends im In- und Ausland auf dem Laufenden zu sein. An den gemeinsam mit unseren internationalen Anwaltskollegen veranstalteten monatlichen Webcasts über aktuelle länderübergreifende rechtliche Themen und Trends können Sie einfach Ihren PC oder Ihr Smartphone teilnehmen. Weitergehende Informationen finden Sie unter: www.deloitte.com/dbriefs/deloittelegal.

Für Rückfragen und Anmerkungen oder gerne auch Anregungen zu unserer Mandanteninformation Forum Juris stehen Ihnen Ihre bekannten Ansprechpartner selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Andreas Jentgens

Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2014)

Bereits in der letzten Wahlperiode wurde der Entwurf einer Aktienrechtsnovelle 2012 im Bundestag verabschiedet. Aufgrund des Widerstandes gegen einzelne in diesem Entwurf enthaltenen Regelungen – etwa zur Einführung von öffentlichen Aufsichtsratssitzungen in Gesellschaften mit hoheitlicher Beteiligung, der weitgehenden Verdrängung der Inhaberaktie sowie dem Vorschlag zum „Decide on pay“ – rief der Bundesrat nach Verabschiedung durch den Bundestag den Vermittlungsausschuss an und das Gesetz fiel aufgrund der unmittelbar darauffolgenden Bundestagswahl der Diskontinuität anheim.

Der nun von der neuen Bundesregierung eingebrachte Gesetzesentwurf einer Aktienrechtsnovelle 2014 verzichtet auf Regelungen zu den genannten politischen Minenfeldern und sieht vielmehr nur noch einige punktuelle Weiterentwicklungen des Aktienrechts vor. Zwischenzeitlich hat auch der Bundesrat eine Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf abgegeben, die zwar im Wesentlichen positiv ausfällt, jedoch auch kritische Anmerkungen zu einzelnen Regelungsgegenständen enthält und Anpassungsbedarf erkennen lässt.

I. Kernpunkte des Gesetzesentwurfes und Kritik

1. Einschränkung des Wahlrechts der Aktienart bei nicht-börsennotierten Gesellschaften

Durch im Aktiengesetz verankerte Neuregelungen sollen die Beteiligungsverhältnisse bei nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften transparenter gemacht werden, insbesondere um Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu bekämpfen. Nach der bisherigen Regelung können börsennotierte wie nicht-börsennotierte Aktiengesellschaften zwischen Inhaber- und Namensaktien wählen. Während bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft bereits eine Verbriefung der Aktien in zumindest einer Globalurkunde nach Börsenregeln erforderlich und eine Einzelverbriefung regelmäßig ausgeschlossen ist, kann bei einer nicht-börsennotierten Aktiengesellschaft von einer Verbriefung der Aktien abgesehen werden oder die Aktien in Sammel-, Mehrfach- oder Einzelurkunden verbrieft werden, die dann von der Gesellschaft im Falle von Sammelurkunden oder von den Aktionären auch physisch verwahrt werden können. Zudem ist die Führung eines Aktienregisters derzeit nur bei Ausgabe von verbrieften Namensaktien vorgesehen. Bei nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften, die Inhaberaktien oder unverbriefte Namensaktien ausgeben, ist die Aktionärsstruktur mithin nicht transparent, zumindest soweit sich die Beteiligungen unter den gesetzlichen Meldeschwellen (niedrigste Meldeschwelle: 25%) bewegen.

Die vorgeschlagene Neuregelung sieht Namensaktien als Standard für börsennotierte und nicht-börsennotierte Aktiengesellschaften vor. Klargestellt wird auch, dass bei Namensaktien eine Verbriefung keine Voraussetzung für die Pflicht zur Führung eines Aktienregisters darstellt. Inhaberaktien dürfen nur noch ausgegeben werden, wenn die Aktiengesellschaft börsennotiert ist (da die Gesellschaft dann der strengen kapitalmarktrechtlichen Beteiligungspublizität unterfällt; niedrigste Meldeschwelle: 3%) oder der Anspruch des Aktionärs auf Einzelverbriefung ausgeschlossen ist (heutiger Regelfall) und die Sammelurkunde bei einer Wertpapiersammelbank (in Deutschland die Clearstream Banking AG) oder einem vergleichbaren ausländischen Verwahrer hinterlegt wird.

Im Gegensatz zur GmbH, bei der der Gesellschafterbestand anhand der für jedermann einsehbaren Gesellschafterliste erkennbar ist, wird bei der Aktiengesellschaft auch durch die Neuregelung keine vollständige Transparenz erreicht. Zwar ist bei nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften, die Inhaberaktien ausgeben, die Einzelverbriefung nicht mehr möglich, so dass Ermittlungsbehörden etwa im Rahmen der Geldwäschebekämpfung über die Wertpapiersammelbank die Aktieninhaber ermitteln können. Die angestrebte vollständige Transparenz des Gesellschafterbestandes wird hierdurch allerdings nicht erreicht.

Von der geschilderten Neuregelung sind bereits bestehende Gesellschaften, die Inhaberaktien ausgegeben haben, wegen einer weitgehenden Bestandsschutzregelung nicht betroffen. Auch für börsennotierte Gesellschaften sind keine Änderungen vorgesehen.

2. Einführung eines Nachweistichtages für Namensaktien

Für Namens- und Inhaberaktien börsennotierter Aktiengesellschaften soll ein einheitlicher Nachweistichtag (sog. „Record Date“) eingeführt werden. Bisher war ein solcher Stichtag zur Bestimmung des in der Hauptversammlung teilnahme- und stimmberechtigten Aktienbestandes bei Namensaktien nicht vorgesehen. In Übereinstimmung mit der bestehenden Rechtslage für Inhaberaktien börsennotierter Aktiengesellschaften wird dieser Stichtag nunmehr auf den Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung festgelegt.

Bisher hat man sich in der Praxis für Namensaktien mit sog. Umschreibungs-Stopps beholfen, wodurch Neueintragen im Aktienregister für einen beschränkten Zeitraum vor der Hauptversammlung ausgesetzt wurden, um eine verlässliche Ermittlung der Teilnahme- und



Frank Silberberger
Rechtsanwalt, Partner
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)30 25468 137
fsilberberger@deloitte.de



Dirk Janzen
Rechtsanwalt, Associate
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)30 25468 225
dijanzen@deloitte.de

Stimmberechtigung zu gewährleisten. Durch die Neuregelung wird zwar auch für Namensaktien eine nachvollziehbare und rechtssichere Grundlage geschaffen. Richtigerweise kritisiert der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf jedoch die einheitliche Regelung für Inhaber- und Namensaktien, da diese Regelung den Besonderheiten der Namensaktien nicht gerecht wird. Während Inhaberaktionäre von ihrer Depotbank über die Hauptversammlung informiert werden, erfolgt die Information der Namensaktionäre durch die Aktiengesellschaft selbst. Folglich besteht hinsichtlich der Namensaktien keine Notwendigkeit, die Feststellung der Teilnahme- und Stimmberechtigung durch die Einführung eines weit vor der eigentlichen Versammlung liegenden Bezugsstages von der Eintragung ins Aktienregister abzukoppeln. Durch die Regelung wird zwar Rechtssicherheit geschaffen, jedoch wird das für die Registereintragung zur Verfügung stehende Zeitfenster stark geschrumpft, was vor allem zu Lasten ausländischer Aktionäre und deren Rechtswahrnehmung in der Hauptversammlung ginge, die durch die Neuregelung eigentlich begünstigt werden sollten.

Zwar ist absehbar, dass der Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung des Record Date auch für Namensaktien beschließen wird. Die genaue Bestimmung des Nachweistichtages bleibt hingegen abzuwarten. Das Deutsche Aktieninstitut schlägt einen Bezug des Record Date auf den 10./12. Tag vor der Hauptversammlung vor, um den Besonderheiten der Namensaktien gerecht zu werden. Dies erscheint durchaus sachgerecht.

3. Schaffung von Kernkapital durch Vorzugsaktien

Um die Finanzierung von Aktiengesellschaften zu flexibilisieren, sieht der Entwurf der Aktienrechtsnovelle 2014 Regelungen vor, wonach auch durch die Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien regulatorisches Kernkapital gebildet werden kann. Nach bisheriger Gesetzeslage wird der Vorzug als zwingend nachzahlbare Vorabdividende verstanden. Dies ist insbesondere für Kreditinstitute nachteilig, da die so ausgestalteten Vorzugsaktien nach geltendem EU-Recht (Capital Requirement Regulation) nicht als regulatorisches Kernkapital anerkannt werden.

Um Aktiengesellschaften im Allgemeinen die Eigenkapitalbildung und Kreditinstituten im Besonderen die Kernkapitalbildung zu erleichtern, sollen Vorzugsaktien nunmehr durch entsprechende Satzungsregelung auch ohne Nachzahlungsanspruch ausgegeben werden können. Des Weiteren wird klargestellt, dass der (nachzahlende oder nicht nachzahlende) Vorzug künftig

insbesondere in einem auf die Aktien vorweg entfallenden Gewinnanteil (sog. Vorabdividende) oder einem erhöhten Gewinnanteil (sog. Mehrdividende) bestehen kann. Zu beachten ist auch, dass für den Fall der fehlenden oder unvollständigen Zahlung der Vorzugsdividende das Stimmrecht temporär – also bis der Vorzug wieder gezahlt wird – auflebt.

Diese Flexibilisierung des Instruments der Vorzugsaktie ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Allerdings ist nicht gesichert und in der juristischen Literatur durchaus umstritten, ob durch die Neuregelung eine Berücksichtigung als regulatorisches Kernkapital erreicht wird. Da die geäußerten Bedenken jedoch durch rechtstechnische Anpassungen behoben werden können, ist von der grundsätzlichen Umsetzung der entsprechenden Regelungen auszugehen.

4. Zulassung einer umgekehrten Wandelanleihe

Ebenfalls Auswirkungen auf die Finanzierung der Aktiengesellschaft hat die vorgeschlagene Regelung einer „umgekehrten Wandelanleihe“. Während bei einer Wandelanleihe ein Wandlungsrecht des Gläubigers besteht, mittels dessen er die Anleihe in eine Beteiligung umwandeln kann, erfolgt bei der umgekehrten Wandelanleihe die Wandlung durch Ausübung des Wandlungsrechts der Aktiengesellschaft als Anleiheschuldnerin. Darüber hinaus soll eine solche umgekehrte Wandelanleihe auch als bedingtes Kapital zugelassen werden können. Während Wandelanleihen als bedingtes Kapital grundsätzlich lediglich im Umfang von bis zu 50% des Grundkapitals zulässig sind, soll durch die Neuregelung eine Ausnahme für umgekehrte Wandelanleihen zur Abwendung einer Überschuldungssituation geregelt werden. Hierbei handelt es sich um eine Art „Vorrats-Debt-Equity-Swap“ für den Krisenfall.

Die gesetzliche Verankerung der umgekehrten Wandelanleihe ist zu begrüßen, da hierdurch die Flexibilität der Gesellschaft bei der Finanzierung erhöht und Rechtssicherheit geschaffen wird. Dieselbe Wirkung ließ sich bislang nur über eine Pflichtwandelanleihe mit Barausgleichsoption der Gesellschaft erzielen. Durch die Ausnahmeregelung zum „Vorrats-Debt-Equity-Swap“ wird der Gesellschaft zudem ein adäquates Mittel zur Krisenbekämpfung an die Hand gegeben.

5. Anpassungen beim Klagesystem

Der Gesetzesentwurf enthält, anders als in der Aktienrechtsnovelle 2012 ursprünglich vorgesehen, keine umfassende Reform des Beschlussmängelrechts, jedoch wurde eine Einzelkorrektur betreffend einer relativen

Befristung von nachgeschobenen Nichtigkeitsklagen geregelt. Ziel der Neuregelung ist es, missbräuchlich nachgeschobene Nichtigkeitsklagen zu unterbinden, die entweder mit dem Ziel erhoben wurden, den Erfolg eines von der Gesellschaft gestellten Freigabeantrages zu verhindern, oder um sich an dem sich abzeichnenden finanziellen Erfolg einer Beschlussmängelklage zu beteiligen. Um dies zu erreichen, soll die Frist für die Erhebung einer nachgeschobenen Nichtigkeitsklage nur innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der Erstklage erhoben werden können.

II. Stellungnahme

Die Neuregelungen der Aktienrechtsnovelle 2014 bringen durchweg sinnvolle Klarstellungen und Änderungen. Es handelt sich allerdings nicht um Regelungen, die das Aktienrecht umfassend modernisieren, sondern vielmehr um punktuelle Nachjustierungen, hinsichtlich derer auch kein nennenswerter politischer Widerstand zu erwarten ist. Mit einer Verabschiedung im Jahr 2015 ist mithin zu rechnen. Die Regelungsgegenstände sollten daher bereits jetzt in die Planung aktienrechtlicher Maßnahmen einbezogen werden.

Konsequenzen aus der Entscheidung des LG Essen in Sachen Middelhoff für die Unternehmenspraxis



Dr. Peter Maser
Rechtsanwalt, Partner
Service Line Banking & Finance
Tel: + 49 (0)711 66962 70
pmaser@deloitte.de

Es war einer der spektakulärsten Wirtschaftsprozesse der vergangenen Jahre in Deutschland: Der Prozess gegen den ehemaligen Arcandor-Vorstandsvorsitzenden Dr. Thomas Middelhoff vor dem Landgericht Essen. So wie er begonnen hat, hat er auch geendet: Nämlich mit einem Paukenschlag. Middelhoff wurde wegen der ihm zu Last gelegten Taten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren wegen Untreue in 27 Fällen und Steuerhinterziehung in drei Fällen verurteilt. Zu alledem wurde in diesem Verfahren noch im Gerichtssaal ein Haftbefehl gegen ihn wegen Fluchtgefahr erlassen. Middelhoff hatte gegenüber seinem Arbeitgeber, der Arcandor AG, Kosten von privat veranlassten Flügen in Jets und Hubschraubern und die Anfertigung einer Festschrift für einen ehemaligen Vorgesetzten in Höhe von € 180.000 abgerechnet.

Gezeigt hat dieser Fall, dass im Geschäftsleben die Grenzen zwischen geschäftlich und privat und damit auch zwischen fremdnützig und eigennützig fließend sind. Nicht selten werden in einem langen Berufsleben Freunde zu Geschäftspartnern und umgekehrt. Oft kann es schwierig sein zu entscheiden, was dem Berufsleben und was dem Privatleben zuzuordnen ist. Gerade die Unsicherheit im Umgang mit daraus folgenden „Misch-Situationen“ sollte dazu führen, dass Manager, Vorstände und Geschäftsführer sich im Vorfeld rechtlich beraten lassen, um gar nicht erst in die Gefahr der Misere Middelhoff's zu gelangen.

1. Strafrechtliche Konsequenzen

Das Urteil ist ein Beleg dafür, dass Manager auch in Zukunft mit strafrechtlichen Verfolgungen rechnen müssen, wenn Betriebsvermögen oder sonstige Gesellschaftsmittel unberechtigt verwendet werden.

Durch den Tatbestand der Untreue, der schon lange wegen seiner fast uferlos möglichen Auslegung in der Kritik steht, können viele wirtschaftliche Entscheidungen, wenn sie zu einem Schaden beim Unternehmen führen, strafrechtlich erfasst werden. Manche Stimmen gehen sogar so weit zu sagen, dass sich der Untreue-tatbestand zu einer „Zentralnorm des Wirtschaftsstrafrechts“ entwickelt hat.

Daneben kann beispielsweise wie im Falle von Middelhoff eine Steuerhinterziehung gegeben sein, denn die Geltendmachung von nicht gegebenen Reisekosten durch das Unternehmen führt zu einem drittbegünstigenden Hinterziehungstatbestand.

2. Weitere Folgen

Neben die strafrechtlichen Konsequenzen tritt dann zumeist auch eine Haftung der Organe für Sorgfaltspflichtverletzungen nach dem GmbH- oder Aktiengesetz. Für Angestellte folgt die zivilrechtliche Haftung aus der Verletzung des Anstellungsvertrages und/oder aus der deliktischen Haftung. Hierbei ist zu beachten, dass D&O Versicherungen oft nicht weiter helfen, da diese auf eine bestimmte Summe begrenzt sind und bei Vorsatz des Versicherungsnehmers nicht greifen.

Hinzu kommt dann in nahezu allen Fällen auch noch eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages.

3. Zivilrechtliche Regelungen als „Schutzschild“

Jedoch stehen den Managern zur Vermeidung der eben aufgezeigten Konsequenzen durchaus auch Möglichkeiten zu, sodass diese nicht aus Angst vor diesem Haftungsrisiko in ihrem unternehmerischen Engagement gelähmt werden. Solange man sich dem Risiko der Haftung bewusst ist, kann man sich im Vorfeld dagegen wappnen.

Die Grenzen der Untreue werden im Zivilrecht durch den Anstellungsvertrag und bei Organmitgliedern (Geschäftsführern, Vorständen) auch durch die Satzung und die Geschäftsordnung festgelegt. Hier können Regelungen dahingehend getroffen werden, welche Kosten vom Unternehmen getragen werden. In diesem Falle fehlt es dann auch gleichlaufend an einem Schaden, der für das Eingreifen zivilrechtlicher Haftung vorausgesetzt wird.

Denn fehlen klare Vereinbarungen ist grundsätzlich jede private Nutzung von Gesellschaftsvermögen untersagt. Dann hilft auch, wie der Fall Middelhoff zeigt, keine Berufung auf die „gelebte Praxis in Großkonzernen“.

Umgekehrt können bei entsprechender Regelung auch Hubschrauber oder Privatflug für die Reisen zwischen Arbeitsplatz und Lebenspunkt genutzt und die Kosten vom Unternehmen getragen werden.

Zudem empfiehlt es sich diese Regelungen von einem Anwalt ausarbeiten zu lassen, da im Falle einer Fehleinschätzung oder -interpretation dieses Risiko zu Lasten des Managers geht. Ferner sind die Regelungen immer wieder einer genauen Prüfung zu unterziehen und an die realen Gegebenheiten anzupassen.

Sobald solche Regelungen im Anstellungsvertrag Eingang gefunden haben, liegt es dann an dem Manager sein Ausgabeverhalten laufend mit den Vertragskonditionen abzugleichen.

4. Compliance-Systeme als doppelte Absicherung

In den letzten Jahren stellen die Gerichte immer höhere Anforderungen an unternehmensinterne Compliance-Mechanismen. Diese dienen, wenn sie effektiv sind, der Schadensprävention und der Risikokontrolle. Es gehört, wie auch das Landgericht München I im Siemens Prozess 2013 festgestellt hat, zum Aufgabenbereich des Vorstandes ein effektives Compliance-System aufzubauen (Organisationspflicht). Jedoch sollte dies für die Vorstände und Manager nicht nur als Pflicht, sondern auch als Chance gesehen werden sich zugleich in doppelter Weise abzusichern:

4.1 Erste Stufe: Vorsorge

Auf der ersten Stufe hat man im Falle einer funktionierenden Compliance-Abteilung die Möglichkeit mit dieser in Kontakt zu treten und prüfen zu lassen, ob bestimmte Vorhaben oder Ausgaben noch dienstlich zu qualifizieren sind oder ob bereits die Grenze zum Privaten überschritten ist.

4.2 Zweite Stufe: Verteidigung

Falls es dann doch zu einem Gerichtsverfahren kommt, kann eine wirksame Compliance als Verteidigungsmittel herangezogen werden. Das Argument, dass der Manager bzw. Vorstand sich gesetzestreu verhalten wollte, wird hierdurch unterstützt. Denn die Gerichte achten sehr genau darauf, ob der Manager sich privat bereichern wollte oder nicht. Wenn dieser jedoch zuvor die Compliance-Abteilung damit befasst hat, spricht vieles dafür, dass er nicht vorsätzlich den Schaden beim Unternehmen verursachen wollte. Eine fahrlässige Untreue gibt es nicht. Demnach wäre zumindest die „Allzweckwaffe“ der Untreue außer Gefecht gesetzt.

Wenn es gut läuft, kann man durch eine gute Compliance also strafrechtlich relevante Entscheidungen verhindern, wenn es schlecht läuft und man doch vor Gericht landet, kann man sich immerhin noch darauf berufen, dass man sich gesetzeskonform verhalten wollte, und dies vor allem auch nachweisen.

5. Fazit

Der Fall Middelhoff hat gezeigt, dass es für Vorstände, Geschäftsführer und Manager von existenzieller Bedeutung ist, Regelungen über Reisekosten in den Anstellungsvertrag aufzunehmen und effektive Compliance-Systeme aufzubauen. So lassen sich bei vergleichbaren Sachverhalten eine straf- oder zivilrechtliche Haftung vermeiden.



Anforderungen an qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarungen



Julia Dolleschel, LL.M. (UNSW)
Rechtsanwältin, Senior Associate
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)69 7191884 12
jdolleschel@deloitte.de

Zur Vermeidung einer Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne werden häufig sog. Rangrücktrittserklärungen bzw. richtiger Rangrücktrittsvereinbarungen abgeschlossen.

Die Folge einer Rangrücktrittsvereinbarung ist im Wesentlichen, dass die von dem Rücktritt im Rang erfasste Verbindlichkeit in einem für die Frage der insolvenzrechtlichen Überschuldung aufzustellenden Überschuldungsstatus nicht passiviert werden muss, und sich die Verbindlichkeiten auf der Passivseite der Bilanz um die im rangzurückgetretenen Verbindlichkeiten reduzierten und somit - sofern der Rangrücktritt weit genug ist – eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne nicht gegeben ist.

Eine gesetzliche Regelung für die Ausgestaltung von Rangrücktrittsvereinbarungen liegt nicht vor, in der Insolvenzordnung wird lediglich auf Rangrücktrittsvereinbarungen verwiesen, ohne aber genaue Anforderungen an den Inhalt zu definieren.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in seiner Entscheidung vom 5. März 2015 (IX ZR 133/14) zur Rechtsnatur sowie zu den Anforderungen an eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung nun Stellung genommen. Die Entscheidung ist von erheblicher Auswirkung für die Praxis.

I. Sachverhalt

Der Insolvenzverwalter der Schuldnerin (GmbH) verfolgt im Wege der Klage Erstattung von Zahlungen, die die Schuldnerin im Zeitpunkt der bereits bestehenden Überschuldung an die Beklagte gezahlt hat. Bei den Zahlungen handelt es sich um Zinszahlungen in Höhe von rund € 342.000 im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung.

Die Schuldnerin hatte in den Jahren 2006 und 2007 mit den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten eine Genussrechtsvereinbarung sowie ein Darlehen abgeschlossen, die beide mit einem Rangrücktritt versehen sind. Weder die Beklagte noch ihre Rechtsvorgängerinnen sind bzw. waren Gesellschafterinnen der Schuldnerin. Die jetzige Beklagte ist durch Vertragsübernahme in die Verträge eingetreten und hat im Zeitraum Januar bis März 2008 die vorgenannten Zinszahlungen erhalten.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde im Juni 2008 beantragt und im Oktober desselben Jahres eröffnet.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage des Klägers jeweils ab.

II. Entscheidung

Der BGH stellt in seiner Entscheidung zunächst klar, dass die Regelungen der Insolvenzordnung, die sich mit dem Rangrücktritt beschäftigen, also § 19 Abs. 2 Satz 2 und § 39 Abs. 2 InsO auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Rangrücktritt nicht durch Gesellschafter, sondern seitens außenstehender Dritter, wie im vorliegenden Fall durch Mezzanine-Kreditgeber, gewährt wird.

Im Folgenden geht der BGH auf die Anforderungen ein, die eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung erfüllen muss, um eine Überschuldung zu vermeiden. Diesbezüglich bestätigt der BGH, dass die Anforderungen, die bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (MoMiG) am 1. November 2008 galten, im Wesentlichen auch für Rangrücktritte nach den neuen Regelungen gelten. Somit muss sich ein Rangrücktritt sowohl auf den Zeitraum vor als auch nach Insolvenzeröffnung erstrecken. Des Weiteren muss in der Vereinbarung klargestellt sein, dass die Forderungen der nachrangigen Gläubiger außerhalb eines Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen und in der Insolvenz nur im Rang nach den Forderungen der übrigen Gläubiger, die keinen Rangrücktritt vereinbart haben, befriedigt werden dürfen. Hinsichtlich der sogenannten „Rangtiefe“ hält es der BGH nach den jetzt geltenden Regelungen für ausreichend, dass ein Rangrücktritt hinter die Forderungen aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erklärt wird. Die Gleichstellung mit den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter soll nicht mehr erforderlich sein. In Bezug auf die Dauer des Rangrücktritts ist es für die Vermeidung einer Überschuldung erforderlich, dass der Rangrücktritt zeitlich unbegrenzt erklärt wird. Der BGH bestätigt zudem, dass der Nachrang nicht lediglich die Hauptforderung erfasst, sondern sich vielmehr auch auf Zinsen und Nebenforderungen erstreckt.

Die Frage nach der Rechtsnatur des Rangrücktritts beantwortet der BGH dahingehend, dass es sich bei der Rangrücktrittsvereinbarung um einen dinglichen Schuldänderungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB) handelt, der zwar nicht den Bestand der Forderung, aber deren Rang ändert. Danach wird das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis dahingehend geändert, dass der Gläubiger Befriedigung seiner Forderung nur dann verlangen kann, wenn entsprechend freies Vermögen beim Schuldner vorhanden ist. Besteht hingegen Insolvenzreife, ist eine Tilgung nicht zulässig und der Gläubiger hat keinen Anspruch auf Befriedigung.

Diese rechtliche Einordnung hat nach der Entscheidung des BGH zur Folge, dass Zahlungen an nachrangige Gläubiger, die im Zeitpunkt der Insolvenzreife erfolgt sind, ohne Rechtsgrund geleistet werden und nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts, insbesondere § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, zurückgefordert werden können. Eine Rückforderung kann dann ausgeschlossen sein, wenn der Leistende weiß, dass er auf eine Nichtschuld leistet (§ 814 BGB). Erforderlich ist jedoch eine wissentliche und freiwillige Leistung auf eine Nichtschuld.

Weiterhin führt der BGH aus, dass aufgrund dieser rechtlichen Einordnung Zahlungen, die während des vom Rangrücktritt erfassten Zeitraumes getätigt werden, als unentgeltliche Leistungen nach § 134 InsO zurückgefordert werden können. Der Begriff der Unentgeltlichkeit wird im Insolvenzrecht weit ausgelegt und immer dann bejaht, wenn dem Vermögensabfluss keine entsprechende Vermögensmehrung beim Schuldner gegenübersteht. Dies bejaht der BGH für den Fall der Leistung auf eine Nichtschuld. Die Anfechtung erstreckt sich auf alle Zahlungen, die in einem Zeitraum von vier Jahren vor Antrag auf Insolvenzeröffnung getätigt wurden und ist auch möglich, wenn Bereicherungsansprüche wegen wissentlicher Leistung auf eine Nichtschuld ausgeschlossen sind.

Der BGH geht ebenfalls noch darauf ein, inwiefern eine getroffene Rangrücktrittsvereinbarung nachträglich aufgehoben werden kann. Diesbezüglich kommt er zu dem Ergebnis, dass es sich bei Rangrücktrittsvereinbarungen um Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich der übrigen derzeitigen und zukünftigen Gläubiger der Schuldnerin, handelt (§ 328 Abs. 2 BGB). Das sich daraus zugunsten der Gläubiger ergebende Schutzinteresse verbietet es den Parteien, die Rangrücktrittsvereinbarung ohne deren Mitwirkung aufzuheben. Eine entsprechende Aufhebung ohne Gläubigerbeteiligung ist somit entsprechend der vorliegenden Entscheidung nur möglich, wenn bei der Schuldnerin keine Insolvenzreife vorliegt oder diese beseitigt ist.

Unter Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidung hat der BGH die Sache mangels Entscheidungsreife an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Insbesondere muss das Berufungsgericht feststellen, ob im Zeitpunkt der Zahlungen bereits Insolvenzreife bei der Schuldnerin vorlag.

III. Hinweise für die Praxis

Die Entscheidung des BGH enthält zu wichtigen Punkten, insbesondere zu Ausgestaltung, Rangtiefe, Dauer und Rechtsnatur des Rangrücktritts, Aussagen, die bislang im Rahmen der Gestaltung von Rangrücktrittsvereinbarungen ungeklärt oder umstritten waren. Für die künftige Gestaltung schafft der BGH somit weitgehend Rechtssicherheit.

Im Hinblick auf bestehende Rangrücktrittsvereinbarungen ist zu raten, diese im Hinblick auf die aktuelle Entscheidung zu überprüfen, insbesondere dann, wenn sich die Schuldnerin in finanziellen Schwierigkeiten befindet.

Insbesondere für außenstehende Dritte, die einen entsprechenden Rangrücktritt vereinbart haben oder dies in Erwägung ziehen, dürften die Ausführungen hinsichtlich der Einordnung als Vertrag zugunsten Dritter und der damit zusammenhängenden Auswirkungen auf die Aufhebbarkeit von Rangrücktritten von Bedeutung sein. Denn, anders als bei Gesellschaftern, sind deren Beziehungen zur Schuldnerin in der Regel von vornherein von begrenzter Dauer. Sollte es zum Ende der Geschäftsbeziehung um die finanzielle Situation der Schuldnerin nicht günstig bestellt sein, besteht die Gefahr, dass die Rangrücktrittsvereinbarung nicht beendet wird und die Rückzahlung der Forderungen nicht erfolgen kann. Das war unter Umständen bereits vor der BGH-Entscheidung der Fall, wird nun aber ausdrücklich klargestellt. Daher sollte genau geprüft werden, ob eine qualifizierte Rangrücktrittserklärung in Bezug auf alle Gläubiger wirklich erforderlich ist, oder ob es, zum Beispiel im Falle von Mezzanine-Kreditgebern, ausreicht, hinter die Forderungen einzelner Gläubiger wie Senior-Kreditgeber zurückzutreten.

Da ein entscheidender Faktor des Rangrücktritts auch die steuerliche Behandlung der entsprechenden Forderung ist, nämlich dass die Forderung nicht erfolgswirksam ausgebucht wird, wäre wünschenswert, dass die Aussagen des BGH vom Bundesfinanzhof ebenfalls akzeptiert werden und mit der entsprechenden Gestaltung von Rangrücktritten auch die gewünschte steuerrechtliche Wirkung erzielt werden kann.

Haftung für Ordnungswidrigkeiten der übertragenden Gesellschaft bei Verschmelzung durch Aufnahme



Klaus Gresbrand

Rechtsanwalt, Senior Associate
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)211 8772 3821
kgresbrand@deloitte.de

Die im Umwandlungsgesetz (UmwG) geregelte Verschmelzung durch Aufnahme ermöglicht es, das Vermögen einer Gesellschaft im Ganzen auf eine andere Gesellschaft zu übertragen, ohne hierfür jeden Vermögensgegenstand im Einzelnen benennen und – unter Beachtung der jeweiligen Formerfordernisse – gesondert übertragen zu müssen. Die Übertragung ist jedoch nicht auf Vermögensgegenstände beschränkt: Das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers geht „einschließlich der Verbindlichkeiten“ auf den übernehmenden Rechtsträger über, § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Eine jüngst ergangene Entscheidung des EuGH (Urteil vom 5. März 2015 – C-343/13) präzisiert die Reichweite des Übergangs von Verbindlichkeiten im Rahmen einer Verschmelzung durch Aufnahme und verdeutlicht einmal mehr, dass die Frage der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts nicht nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten von entscheidender Bedeutung sein kann.

Die Entscheidung des EuGH

Die Entscheidung des EuGH nahm ihren Ausgang in einem Rechtsstreit vor einem portugiesischen Arbeitsgericht. Hierbei wehrte sich eine portugiesische Gesellschaft (nachfolgend die „Übernehmerin“) gegen ein Bußgeld, welches die portugiesische Arbeitsaufsichtsbehörde gegen sie verhängt hatte. Mit dem Bußgeld sollten arbeitsrechtliche Verstöße geahndet werden, welche nicht die Übernehmerin selbst, sondern eine von ihr verschiedene, ebenfalls portugiesische Gesellschaft (nachfolgend die „Überträgerin“) begangen hatte. Noch bevor die Arbeitsaufsichtsbehörde diese Verstöße ahndete verschmolz die Überträgerin auf die Übernehmerin. Da die Überträgerin infolge der Verschmelzung erloschen war, wandte sich die Arbeitsaufsichtsbehörde an die Übernehmerin. Diese argumentierte, dass im Zeitpunkt der Verschmelzung noch keine Verbindlichkeit der Überträgerin aufgrund der Verstöße entstanden war, da das Bußgeld zu diesem Zeitpunkt noch nicht verhängt worden war. Mithin, so die Übernehmerin, habe in Ansehung der Verstöße durch die Verschmelzung keine Übertragung dieser Rechtsposition auf die Übernehmerin erfolgen können.

Das portugiesische Arbeitsgericht rief den EuGH an und ließ prüfen, wie in diesem Fall die Reichweite des im portugiesischen Umwandlungsrecht angeordneten Übergangs aller „Rechte und Pflichten“ des übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträgers im Lichte der einschlägigen EU-Verschmelzungsrichtlinie auszulegen sei. Die betreffende Vorschrift, Art. 112 des portugiesischen Gesetzbuchs über Handelsgesellschaften, diene der Umsetzung von Art. 19 Abs. 1

der EU-Verschmelzungsrichtlinie (Richtlinie 78/855/EWG, mittlerweile ersetzt durch die – insoweit gleichlautende – Richtlinie 2011/35/EU). Art. 19 Abs. 1 der EU-Verschmelzungsrichtlinie sieht vor, dass bei einer Verschmelzung „das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft“ übergeht.

Der EuGH entschied zugunsten der Arbeitsaufsichtsbehörde und kam zu dem Schluss, „dass auf die übernehmende Gesellschaft die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldbuße übergeht, die nach der Verschmelzung mit einer endgültigen Entscheidung verhängt wird, aber arbeitsrechtliche Zuwiderhandlungen ahndet, die die übertragende Gesellschaft vor der Verschmelzung begangen hatte“.

Praktische Auswirkungen für das deutsche Umwandlungsrecht

Obwohl es sich bei der Streitgegenständlichen Verschmelzung um einen reinen Inlandssachverhalt handelte, war die Frage der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Umwandlungsrechts im vorliegenden Fall von entscheidender Bedeutung. Und obgleich sie eine inländische Verschmelzung in Portugal betrifft, hat die Entscheidung des EuGH auch Relevanz für Verschmelzungen in Deutschland: Die vom EuGH vorgenommene Auslegung von Art. 19 Abs. 1 der EU-Verschmelzungsrichtlinie wirkt sich auf die Auslegung aller nationalen Vorschriften aus, die in Umsetzung dieser Vorschrift erlassen wurden – einschließlich des deutschen § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG.

Festzuhalten ist, dass im Gegensatz zur Rechtslage in Portugal bei einer inländischen Verschmelzung in Deutschland für die übernehmende Gesellschaft schon vor der Entscheidung des EuGH ein Risiko der Inanspruchnahme durch Ordnungsbehörden für Verstöße der übertragenden Gesellschaft gegeben war: Seit 2013 ist die Übertragbarkeit von Bußgeldern auf den Rechtsnachfolger des Bußgeldpflichtigen in § 30 Abs. 2a OWiG ausdrücklich vorgesehen. Dies umfasst auch die Rechtsnachfolge im Rahmen einer Verschmelzung. Die Höhe des Bußgelds ist hierbei allerdings auf den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße begrenzt.

Durch die Entscheidung des EuGH ist nunmehr grundsätzlich der Weg zur Umgehung dieser betragsmäßigen Grenzen geebnet, denn die Verhängung von Bußgeldern gegen den Rechtsnachfolger des eigentlich Bußgeld-

pflichtigen kann nunmehr – ohne Bezug zu § 30 Abs. 2a OWiG – auch umwandlungsrechtlich begründet werden. Dies ist nicht unumstritten, vgl. etwa Haspl, EuZW 2013, 888.

Weiterhin liefert der EuGH wichtige allgemeine Anhaltspunkte zu seinem Verständnis des Übergangs von „Aktiv- und Passivvermögen“ im Rahmen der Verschmelzung zur Aufnahme. Der EuGH begründet seine Entscheidung unter anderem mit der Erwägung, dass die EU-Verschmelzungsrichtlinie neben den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft auch Dritte schützen soll, „die zum Zeitpunkt der Verschmelzung noch nicht als Gläubiger ... einzustufen waren, aber nach der Verschmelzung als solche aufgrund von Sachverhalten eingestuft werden können, die bereits vor der Verschmelzung entstanden sind“. In der Vergangenheit haben deutsche Gerichte sich teilweise gegen den Übergang bestimmter Rechtspositionen des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger entschieden, etwa das OLG Köln (Beschluss vom 14. Oktober 2008 – 6 W 104/08) zur Verhängung von Vollstreckungsmaßnahmen im Sinne des § 890 ZPO. Ob solche Entscheidungen vor dem Hintergrund der Erwägungen des EuGH zukünftig in gleicher Weise getroffen werden (können), bleibt abzuwarten. Besonders aufmerksam wird zu verfolgen sein, wie sich die Entscheidung des EuGH auf die Haftungsnachfolge in Kartellbußgelder auswirkt, welche bekanntermaßen erhebliche Summen erreichen können.

Fazit

Die Entscheidung des EuGH führt tendenziell zu einem gesteigerten Risiko des übernehmenden Rechtsträgers, durch eine Verschmelzung zur Aufnahme unerkannte latente Verbindlichkeiten oder sonstige nachteilige Rechtspositionen des übertragenden Rechtsträgers zu übernehmen. Dies wird häufig zu einem gesteigerten Prüfungsaufwand vor der Verschmelzung führen. Der EuGH weist zutreffend darauf hin, dass es dem übernehmenden Rechtsträger unbenommen ist, „vor der Verschmelzung eine eingehende Prüfung der wirtschaftlichen und rechtlichen Situation der aufzunehmenden Gesellschaft durchführen zu lassen, um zusätzlich zu den Unterlagen und Informationen, deren Verfügbarkeit die geltenden Rechtsvorschriften vorschreiben, einen umfassenderen Einblick in die Verpflichtungen dieser Gesellschaft zu erlangen“. Bereits bei konzerninternen Verschmelzungen wird oft ein Interesse daran bestehen, das wirtschaftliche Ausmaß der Verschmelzung für die übernehmende Gesellschaft vorab präzise einschätzen zu können. Besonders jedoch bei der Hereinverschmelzung von – z.B. neu erworbenen – externen Gesellschaften wird die Entscheidung des EuGH im Rahmen der vorbereitenden rechtlichen Prüfung zu beachten sein.



Einfluss des Gewinnausschüttungsbeschlusses auf den Zeitpunkt des Zuflusses



Matthias Schmidt, LL.M.
Rechtsanwalt, Associate
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)211 8772 3014
mschmidt@deloitte.de

Bundesfinanzhof – Urteil vom 2. Dezember 2014 (VIII R 2/12)

Die Ausschüttungen an den beherrschenden Gesellschafter einer zahlungsfähigen GmbH fließen diesem in der Regel auch dann zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG zu, wenn die Gesellschafterversammlung eine spätere Fälligkeit des Auszahlungsanspruches beschlossen hat.

Sachverhalt (verkürzt)

Der Kläger war im Streitjahr mit 80,98% am Stammkapital der X-GmbH beteiligt. Weitere Gesellschafter waren sein Sohn F (12,87%) und seine Tochter S (6,15%). Die X-GmbH war ihrerseits mit 97,5% an der Y-GmbH beteiligt. Die übrigen 2,5% an der Y-GmbH hielt F.

Am 5. November 2004 beschlossen die Gesellschafter der X-GmbH eine Vorabausschüttung für das laufende Geschäftsjahr 2004 in Höhe von EUR 4,14 Mio., die am 21. Januar 2005 zur Auszahlung fällig sein sollte. Zuvor hatten die Gesellschafter der Y-GmbH bereits am 27. September 2004 eine Vorabausschüttung für das laufende Geschäftsjahr 2004 in Höhe von EUR 5,0 Mio. beschlossen. Nach dem Ausschüttungsbeschluss war auch diese Ausschüttung am 21. Januar 2005 zur Auszahlung fällig. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass die Y-GmbH zu jeder Zeit in der Lage gewesen wäre, die beschlossene Vorabausschüttung an die X-GmbH sofort auszubezahlen. Zur Fälligkeit von Ausschüttungen waren in den Gesellschaftsverträgen der X-GmbH wie der Y-GmbH keine Regelungen getroffen worden. Die Ausschüttungen wurden am Fälligkeitstag tatsächlich vorgenommen.

In dem unter Vorbehalt der Nachprüfung ergangenen Einkommensteuerbescheid 2004 hatte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) die Vorabgewinnausschüttung nicht erfasst, da der Kläger diese in seiner Steuererklärung 2005 angegeben hatte. Im Rahmen einer Betriebsprüfung erließ das Finanzamt im Folgenden einen korrigierten Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2004, in dem es die Bezüge aus der Vorabausschüttung berücksichtigte.

Gegen diese Entscheidung wandte sich der Kläger zunächst im Einspruchsverfahren und nach dessen erfolglosem Verlauf mit einer Klage vor dem Finanzgericht Köln. Das Gericht wies die Klage ab (Finanzgericht Köln, Urteil vom 17. Oktober 2011, 7 K 783/08), ließ die Revision jedoch zu.

Entscheidung

Die Revision des Klägers wurde als unbegründet zurückgewiesen. Der BFH führt hierzu aus, dass das Finanzgericht zu Recht davon ausgegangen sei, dass die Vorabausschüttung, die der Kläger von der X-GmbH erhalten hat, diesem bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung, d.h. im Steuerjahr 2004, zugeflossen sei. Dies entspreche auch der Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG, wonach es für den Bezug von Einnahmen auf das Kalenderjahr ankomme, in dem der Zufluss zu verzeichnen sei. Weniger ausschlaggebend sei die Art des Zuflusses. Grundsätzlich sei nicht relevant, ob eine Ausschüttung in bar oder per Überweisung erfolge oder in Form einer Gutschrift in Büchern. Im letzteren Fall sei entscheidend, dass die Gutschrift nicht nur als das buchmäßige Festhalten der Schuldverpflichtung anzusehen sei, sondern vielmehr als Ausdruck darüber, dass der Begünstigte über diesen Betrag verfügen könne. Nach Ansicht des BFH könne Letzteres jedenfalls bei einem beherrschenden Gesellschafter angenommen werden. Dieser habe es nämlich regelmäßig selbst in der Hand, sich den Betrag schlussendlich auszahlen zu lassen, vorausgesetzt jedoch, es handele sich um einen eindeutigen, unbestrittenen und fälligen Anspruch, der sich gegen eine zahlungsfähige Gesellschaft richte.

Nach Ansicht des BFH greifen hier auch nicht die Regelungen der Gesellschafterbeschlüsse. Zwar sei die Fälligkeit der Auszahlung in den Beschlüssen in den Januar des Folgejahres (2005) verlegt, dies könne aber dennoch zu keiner anderen Bewertung führen, da nach der ständigen Rechtsprechung des BFH bei einem beherrschenden Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft als Zeitpunkt des Zuflusses von Gewinnanteilen in der Regel der Zeitpunkt der Beschlussfassung anzusehen sei. Dies gelte sogar dann, wenn ein späterer Fälligkeitstermin vereinbart werde. Der Anspruch auf Auszahlung entstehe bereits mit dem Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Gewinns. Die Fälligkeit sei nach Fassung des Gewinnverteilungsbeschlusses unmittelbar begründet mit Ausnahme anderslautender Satzungsregelungen. Bei Fehlen solcher Vorschriften habe es der beherrschende Gesellschafter einer zahlungsfähigen GmbH in der Hand, den Fälligkeitszeitpunkt zu bestimmen. Wirtschaftlich könne er damit bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung über seinen Gewinnanteil verfügen.

Auch der Umstand, dass es sich lediglich um eine Vorabausschüttung handele und nicht um eine (abschließende) Ergebnisverwendung gemäß § 29 GmbHG, begründe hier kein anderes Ergebnis. Eine Vorabaus-

schüttung stehe zwar unter dem Vorbehalt, dass nach Ablauf des Wirtschaftsjahres tatsächlich ein ausreichend hoher ausschüttungsfähiger Gewinn vorhanden sei, allerdings sei das „Behaltendürfen“ nicht Merkmal des § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG und damit auch nicht Entscheidungskriterium.

Bewertung und Folgen für die Praxis

Der BFH behandelt die interessante Frage, inwieweit sich die besondere Rechtsposition des beherrschenden Gesellschafters auf Sachverhalte auswirkt, die satzungsmäßig nicht geregelt sind. Nach der vorliegenden Entscheidung sind zumindest Fälligkeitszeitpunkte von Gewinnausschüttungen, die per Beschluss festgelegt wurden, steuerlich und wirtschaftlich nicht zu beachten. Grund hierfür ist laut BFH, dass es in der Hand des beherrschenden Gesellschafters liege, Fälligkeiten zu bestimmen und nach seinem Belieben auch wieder zu ändern. Diese Entscheidungsmöglichkeiten seien nur durch eine entsprechende Satzungsregelung, jedoch nicht durch einen Gesellschafterbeschluss einschränkbar. Die Begründung liegt laut BFH darin, dass bei Fehlen einer Satzungsregelung der Zeitpunkt der Beschlussfassung der einzige eindeutig feststellbare und kalkulierbare Zeitpunkt sei. Die besondere Stellung des beherrschenden Gesellschafters erlaube es diesem, den Fälligkeitszeitpunkt später wieder zu verändern. Er habe es ansonsten frei in der Hand, den Zeitpunkt des steuerlichen und wirtschaftlichen Zuflusses einfach per Beschluss festzulegen und zu verändern, obwohl er wirtschaftlich eindeutig schon mit Beschlussfassung auf die Mittel zugreifen könne und er diese damit auch dann bereits steuerlich zu veranlagern habe.

Dieses Ergebnis gelte allerdings nur, wenn der in Frage stehende Anspruch eindeutig und unbestritten sei. Im Falle von Ungenauigkeiten und Unsicherheiten hinsichtlich der Existenz und der Durchsetzbarkeit des Anspruches könne daher nicht Bezug auf das Datum der Beschlussfassung genommen werden. Schlussendlich müsse sich der Anspruch auch gegen eine zahlungsfähige Gesellschaft richten, da ansonsten nicht davon ausgegangen werden könne, dass der beherrschende Gesellschafter es tatsächlich in der Hand gehabt habe, den Fälligkeitstermin erneut zu verschieben und eine unmittelbare oder zu einem anderen Zeitpunkt zu vollziehende Auszahlung zu bewirken.

Eine weitere vom BFH behandelte Folgefrage des o.g. Ergebnisses betrifft die mögliche Benachteiligung des beherrschenden Gesellschafters gegenüber seinen Minderheits(mit)gesellschaftern durch eine Gleichstel-

lung mit Alleingesellschaftern. Eine solche Ungleichbehandlung streitet der BFH jedoch ab. Eine Gleichstellung des beherrschenden Gesellschafters und des Alleingesellschafters sei berechtigt, da die Machtstellung des beherrschenden Gesellschafters der des Alleingesellschafters vorliegend entspreche. Beide Gesellschaftertypen seien in der Position, über den Zeitpunkt und den Umfang einer Ausschüttung entscheiden zu können. Damit liege ein Fall vor, der eine Gleichstellung berechtige. Ein Verstoß gegen Art. 3 GG und damit gegen den Gleichheitsgrundsatz sei nicht gegeben.

Für die Praxis sind die Folgen des Urteils eindeutig. Solange die Satzung keine Regelung über Fälligkeitszeitpunkte von Gewinnausschüttungen enthält, kann im Falle eines beherrschenden Gesellschafters der Fälligkeitstermin steuerlich nicht bindend per Gesellschafterbeschluss festgelegt werden. Es empfiehlt sich daher in solchen Fällen durch eine entsprechende Klausel in der Satzung vorzubeugen. Der Zeitpunkt des Zuflusses und die Fälligkeit könnten in der Klausel zum Beispiel pauschal auf einen bestimmten Zeitpunkt festgelegt werden. Eine andere Möglichkeit wäre, dass die Satzung allgemein erlaubt, über diese Punkte bindend per Beschluss zu entscheiden. Auf diese Art hätten es die Gesellschafter selbst in der Hand, ob der Termin der Fälligkeit und der Auszahlung auch steuerlich mit dem Termin der Beschlussfassung zusammen- oder doch auseinanderfallen soll. Für die Gesellschafter und vor allem für den beherrschenden Gesellschafter bedeutet eine klärende Satzungsregelung Rechtssicherheit und auch Planungssicherheit. Insbesondere im Hinblick auf § 29 GmbHG lässt sich durch die Satzungsregelung vermeiden, dass tatsächlicher Zufluss und steuerliche Berücksichtigung zeitlich auseinanderfallen. Ansonsten besteht zum Beispiel die Gefahr, dass eine Vorabausschüttung als Zufluss zwar im Jahr 2015 steuerlich zu berücksichtigen ist, die Ausschüttung selbst aber erst im Jahr 2016 tatsächlich ausgezahlt wird. Es könnte das Folgeproblem entstehen, dass zum Zeitpunkt der tatsächlichen Auszahlung 2016 kein ausreichend hoher oder gar kein ausschüttungsfähiger Gewinn vorliegt, die steuerliche Berücksichtigung jedoch schon stattfand, da das „Behaltendürfen“ im Rahmen von § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG unbeachtlich ist. Gerade aus diesem Grund gilt es daher zu vermeiden, dass sich die außerordentliche Stellung des beherrschenden Gesellschafters ungewollt auf den steuerlichen Zeitpunkt des Zuflusses durchschlägt und Beschlussfassungen diesbezüglich ohne Wirkung bleiben. Abhilfe schafft hier eine entsprechende Satzungsklausel.

Zeitliche Begrenzung von nachvertraglichen Kundenschutzklauseln zu Lasten von GmbH-Gesellschaftern



Heike Richter

Rechtsanwältin, Partner
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)211 8772 2492
hrichter@deloitte.de



Pia Franziska Knauf

Rechtsanwältin, Associate
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)211 8772 2575
pknauf@deloitte.de

Im Rahmen der Veräußerung von Unternehmen, insbesondere an Wettbewerber, stellen sich immer wieder Fragen, wie Verkäufer und Käufer zukünftig im Wettbewerb stehen. Für den Käufer ist von Bedeutung, dass der Verkäufer des Unternehmens nicht unmittelbar nach Verkauf ein „neues“ Geschäft eröffnet und er dadurch in den Wettbewerb zu seinem „alten“, nun aber dem Käufer gehörenden Geschäft tritt. Deshalb werden in der Regel Wettbewerbsverbote vereinbart, die von der Rechtsprechung definierten Schranken unterliegen. Andererseits kann die Situation aber auch so sein, dass der Verkäufer vereinbarungsgemäß bestimmte Kunden „behalten darf“. In diesen Fällen soll also der Verkäufer davor geschützt werden, dass nach Vertragsschluss vereinbarungswidrig Kunden abgeworben werden. Der zeitliche Geltungsbereich solcher Kundenschutzklauseln wurde kürzlich vom BGH näher definiert (BGH II ZR 369/13, Urt. v. 20. Januar 2015).

I. Sachverhalt

Der Geschäftsführer der Klägerin war ursprünglich Gesellschafter der beklagten GmbH, die auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung tätig war. Die Niederlassung der beklagten GmbH wurde durch den Geschäftsführer der Klägerin betreut.

Durch Auseinandersetzungsvertrag vom September 2006 verkaufte der Geschäftsführer der Klägerin seinen Geschäftsanteil an der beklagten GmbH an deren Geschäftsführer und Mitgesellschafter und schied aus der Gesellschaft aus. Gleichzeitig trat die beklagte GmbH u.a. Ansprüche aus bestimmten Kundenverträgen an die Klägerin ab. Es handelte sich um Verträge mit Kunden, die der durch den Geschäftsführer der Klägerin betreuten Niederlassung zugeordnet waren und auf die Klägerin übergehen sollten. Des Weiteren verpflichteten sich die beklagte GmbH und der verbliebene Alleingesellschafter, fünf Jahre lang die übertragenen Kunden im Zusammenhang mit Arbeitnehmerüberlassung und Personalvermittlung weder anzusprechen noch abzuwerben. Diese Kundenschutzklausel wurde mit einer Vertragsstrafe gesichert. Ziel der Vereinbarungen war es, dass der als Gesellschafter ausscheidende Geschäftsführer, der Kläger, die selbst angeworbenen Kunden der Niederlassung behalten sollte.

Im September 2011, kurz vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist, schrieb ein Mitarbeiter der beklagten GmbH potentielle Kunden an, die unter die Kundenschutzklausel fielen, und bot diesen Leistungen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung an. Daraufhin verlangte die Klägerin unter Berufung auf einen Verstoß gegen das Wettbe-

werbsverbot von der beklagten GmbH die Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe.

II. Entscheidung der Vorinstanzen

Der Klage wurde in erster Instanz (LG Hamburg, Urteil vom 7. März 2013 – 418 HKO 68/12) zu einem geringen Teil stattgegeben. Das Berufungsgericht (OLG Hamburg, Urteil vom 29. Oktober 2013 – 9 U 38/13) hat die beklagte GmbH nahezu antragsgemäß zur Zahlung der Vertragsstrafe verurteilt.

III. Entscheidung des BGH

Der BGH hob das Urteil des Berufungsgerichts auf, wies die Klage insgesamt ab und führte aus, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe habe. Die vereinbarte Unterlassungsverpflichtung habe im September 2011 nicht mehr bestanden, da das im Auseinandersetzungsvertrag vereinbarte Ansprech- und Abwerbverbot in zeitlicher Hinsicht mit fünf Jahren die zulässige Grenze von zwei Jahren für Wettbewerbsverbote überschreite und nach § 138 BGB sittenwidrig und nichtig sei.

Zur Begründung führte der BGH aus, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Rücksicht auf die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit nur dann gerechtfertigt seien, wenn und soweit sie notwendig sind, um einen Vertragspartner vor einer illoyalen Verwertung der Erfolge seiner Arbeit durch den anderen Vertragspartner zu schützen. Daher seien Wettbewerbsverbote nur zulässig und wirksam, wenn sie in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß nicht überschreiten. Das gelte auch für das vorliegende nachvertragliche Wettbewerbsverbot, das erst anlässlich der Beendigung der gesellschaftsrechtlichen Beziehung vereinbart wurde.

Ziel der Vereinbarung der Kundenschutzklausel sei nach Ansicht des BGH, die Vermögenswerte der beklagten GmbH zwischen den Gesellschaftern aufzuteilen und dem Geschäftsführer der Klägerin die Möglichkeit zu geben, die von ihm angeworbenen Kunden ungestört mitnehmen zu können und die Erfolge seiner Arbeit zu sichern. Vorliegend könne daher ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin nur so lange bestehen, wie die Beziehungen der beklagten GmbH zu ehemaligen, von der Klägerin übernommenen Kunden noch fortwirken. Nach Ablauf der Zeitspanne könne keine Seite mehr ein berechtigtes Interesse an einer fortbestehenden Wettbewerbsbeschränkung haben.

In vergleichbaren Fällen wie beispielsweise der Freiberufersozietät hatte der BGH bereits einen Zeitraum von zwei Jahren als ausreichend für den Schutz der Interessen der Beteiligten angesehen, da nach dieser Zeit die Mandantenbeziehungen typischerweise gelockert seien. Dass es sich bei den Parteien nicht um Freiberufler sondern Gewerbetreibende handele, rechtfertige vorliegend keine längere Zeitgrenze. Die Begrenzung der Wettbewerbsverbote gründe nach Auffassung des BGH nämlich nicht darin, dass Wettbewerbsverbote nicht mit dem Berufszweck von freien Berufen vereinbar seien, sondern in der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit, die auch Gewerbetreibenden und Gesellschaftern einer personalistisch geführten GmbH zukämen. Soweit diese Dienstleistungen anbieten würden, bestünden hinsichtlich der Kundenbindung nicht von vornherein Unterschiede zu Kundenbeziehungen von Freiberuflern.

Offen gelassen hatte der BGH bisher, ob in Ausnahmefällen ein schutzwürdiges Interesse eines Unternehmers an einem länger andauernden Abwerbeverbot bestehen kann. Diese Frage ließ der BGH jedoch abermals vorliegend dahinstehen, da kein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an einem längeren Abwerbeverbot vorgetragen wurde.

IV. Würdigung und Praxishinweise

Der BGH schafft mit seiner Entscheidung Rechtssicherheit und bejaht die Anwendbarkeit der in anderen Fallkonstellationen bereits höchstrichterlich entschiedenen regelmäßigen Höchstdauer von zwei Jahren auch auf Wettbewerbsverbote für personalistisch geführte GmbHs. Der BGH setzt damit seine Linie fort, alle Wettbewerbsverbote einer einheitlichen zeitlichen Höchstgrenze von zwei Jahren zu unterwerfen und Ausnahmen hiervon nur in besonderen Konstellationen für möglich zu halten, die wohl praktisch kaum denkbar und schwerlich begründbar sind. Die vorliegende Entscheidung des BGH bezieht sich auf personalistisch strukturierte Gesellschaften, bei kapitalistisch strukturierten Gesellschaften dürfte die Interessenlage eine andere sein, denn dort stehen nicht der persönliche Beitrag und die Mitarbeit der Gesellschaft im Vordergrund, sondern ihr finanzielles Investment. Die Besonderheit des vorliegenden Falls lag zudem darin, dass nicht der verbleibende, sondern der ausscheidende Gesellschafter durch die Kundenschutzklausel gesichert werden sollte und ihm eine Mitnahme von seinen Kunden ermöglicht werden sollte. Es spielt somit keine Rolle, welcher Vertragspartei das Wettbewerbsverbot auferlegt wird.

Unklar bleibt jedoch weiterhin, ob und wenn ja, in welchen besonderen Ausnahmekonstellationen ein länger als zwei Jahre andauerndes Wettbewerbsverbot ausnahmsweise zulässig sein kann. In der Literatur wird zwar teilweise eine Überschreitung der Zweijahresgrenze als ausnahmsweise zulässig angesehen, zumindest dann, wenn dargelegt werden kann, warum sich die Kundenbeziehungen in den zwei Jahren noch nicht verflüchtigt und weitgehend gelockert haben. Weitere konkrete Vorgaben und Anhaltspunkte für die Frage, unter welchen besonderen Umständen und mit welchen Argumenten eine längere Zeitspanne als zwei Jahre hinreichend begründet dargelegt werden kann, gibt es allerdings nicht. Für die Praxis ist es daher unbedingt ratsam, nachvertragliche Wettbewerbsverbote, einschließlich solcher in Form von Kundenschutzklauseln auf maximal zwei Jahre zu beschränken.

Revolution bei der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat?



Christofer Rudolf Mellert
Rechtsanwalt, Partner
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)211 8772 2947
cmellert@deloitte.de

In deutschen GmbHs und Aktiengesellschaften müssen mindestens ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder von den Arbeitnehmern bestimmt werden, wenn das Unternehmen mehr als 500 Arbeitnehmer hat. Hat es mehr als 2.000 Arbeitnehmer, muss die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder aus Arbeitnehmervertretern bestehen. Bisher – und in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung – wurden zur Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen ausschließlich im Inland tätige Arbeitnehmer herangezogen. Das Landgericht Frankfurt am Main (Beschluss vom 16.02.2015 – 3-16 O 1/14) hat nun entgegen dieser herrschenden Meinung entschieden, dass auch im Ausland tätige Arbeitnehmer zur Ermittlung der für die Anwendung der Regeln über die Mitbestimmung maßgeblichen Unternehmensgröße heranzuziehen sind. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Sollte es Bestand haben, würde dies jedoch eine Revolution im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei deutschen Unternehmen bedeuten.

Die häufigsten Formen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat deutscher Unternehmen sind die Drittelbeteiligung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz bei der Überschreitung einer Arbeitnehmeranzahl von 500 und die paritätische Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz für den Fall, dass die Gesamtzahl der zu berücksichtigenden Arbeitnehmer 2.000 überschreitet. Die Unterschiede zwischen diesen beiden Formen der Mitbestimmung sind erheblich. Bei der paritätischen Mitbestimmung ist nicht nur die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder von den Arbeitnehmern zu bestimmen, ein paritätisch mitbestimmter Aufsichtsrat hat auch mehr Rechte und Gestaltungsmöglichkeiten als ein drittelparitätisch mitbestimmter Aufsichtsrat. So sind auch die Gewerkschaften bei der Bildung von paritätisch mitbestimmten Aufsichtsräten zwingend zu berücksichtigen. Schließlich werden bei der Ermittlung der Anzahl der zu berücksichtigenden Arbeitnehmer nicht nur die direkt bei den betreffenden Unternehmen angestellten Arbeitnehmer mitgezählt, sondern auch die Arbeitnehmer, die bei Tochterunternehmen des betreffenden Unternehmens beschäftigt sind. Eine solche Zurechnung erfolgt bei der drittelparitätischen Mitbestimmung nicht. Hier zählen grundsätzlich nur die Arbeitnehmer des betroffenen Unternehmens selbst. Lediglich bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages mit einem anderen Unternehmen werden beim herrschenden Unternehmen auch die Mitarbeiter des abhängigen Unternehmens mitgezählt. Es ist daher nicht verwunderlich, dass eine nicht zu unterschätzende Zahl mittelständischer Unternehmen den Status Quo der drittelparitätischen Mitbestimmung zu halten versucht und

zwar gerade für den Fall der Überschreitung der magischen „2.000-Arbeitnehmer-Schwelle“. In den letzten Jahren wurde hier oft die Gründung einer europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea (SE)) gewählt, bei der die Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch Vereinbarung mit Arbeitnehmervertretern für die Zukunft bindend unabhängig vom Über- oder Unterschreiten dieser Schwellenwerte festgelegt werden kann. Bei den diesbezüglichen Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern sind jedoch neben allen Arbeitnehmern des betroffenen Unternehmens auch die Arbeitnehmer seiner Tochtergesellschaften, und zwar sowohl im Inland als auch im EU-Ausland, vertreten. In den Aufsichtsräten von SEs lassen sich folglich auch vermehrt ausländische Arbeitnehmervertreter finden.

Anders ist dies bei Aktiengesellschaften oder GmbHs nach deutschem Recht. Hier geht die herrschende Meinung davon aus, dass bei Ermittlung der Anzahl der Arbeitnehmer ausschließlich die in Deutschland tätigen zu berücksichtigen sind. Hiervon gibt es nur wenige Ausnahmen, z.B. bei Entsendungen. Diese herrschende Meinung darf bisher durchaus als absolut herrschend bezeichnet werden. Umso mehr überrascht die sich hiervon deutlich absetzende Entscheidung des Landgerichts Frankfurt. Im entschiedenen Fall ging es um ein sog. Statusverfahren bei der Deutsche Börse AG, welches ein Kleinaktionär (in diesem Fall ein rechtlich engagierter Universitätsprofessor) initiiert hatte. Die Deutsche Börse AG hatte zum relevanten Zeitpunkt ca. 1.600 deutsche Arbeitnehmer und außerhalb Deutschlands weitere ca. 2.000 Arbeitnehmer. Diese sind größtenteils in ausländischen Tochtergesellschaften der Deutsche Börse AG beschäftigt.

Die herrschende Meinung begründet die Nichtberücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer im Wesentlichen damit, dass deutsche Gesetze keine extraterritoriale Wirkung entfalten können und damit auch nicht über die Mitbestimmung von ausländischen Arbeitnehmern im Aufsichtsrat befinden dürfen. Dies lässt sich zwar dem Gesetzeswortlaut des Mitbestimmungsgesetzes nicht eindeutig entnehmen. In den Gesetzesmaterialien befinden sich jedoch klare Aussagen hinsichtlich der Nichtberücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer. Das Landgericht Frankfurt ficht dies nicht an. Es stellt lediglich auf den aktienrechtlichen Konzernbegriff ab, der auch nicht zwischen deutschen und ausländischen Gesellschaften unterscheidet. Damit ist für das Landgericht auch eine ausländische Tochtergesellschaft der Deutsche Börse AG mitsamt deren Arbeitnehmern im Ausland zu berücksichtigen.

Ob die Entscheidung letztlich Bestand haben wird, lässt sich trotz der absolut herrschenden Meinung schlecht vorhersagen. Die Argumente des Landgerichts sind jedenfalls nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Sollte sich diese Rechtsauffassung bestätigen, würde dies eine Zeitenwende in der Mitbestimmung in Deutschland bewirken. Abgesehen vom erheblichen Mehraufwand vorgezogener Neuwahlen zum Aufsichtsrat und der Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer im Rahmen einer internationalen Abstimmung und Organisation, würde der Einfluss deutscher Arbeitnehmer und der deutschen Gewerkschaften in den Aufsichtsräten deutscher Unternehmen schwinden. Da dies auch nicht im Interesse deutscher Gewerkschaften ist, bleibt abzuwarten wie sich diese diesbezüglich positionieren werden.

Deutsche Unternehmen, die ohnehin über eine Neugestaltung oder ein Einfrieren der Mitbestimmung auf dem Niveau der drittelparitätischen Mitbestimmung (oder darunter) nachdenken, sollten nun umso mehr über die Bildung einer europäischen Aktiengesellschaft nachdenken. Da hier Form und Art der Mitbestimmung mehr oder weniger frei verhandelbar sind, kann unliebsamen Überraschungen durch sich ändernde Rechtsprechung entgegengewirkt werden. Deutsche Unternehmen, die unter Hinzurechnung ihrer ausländischen Arbeitnehmer (auch derer von Tochtergesellschaften) die 2.000-Arbeitnehmer-Schwelle überschreiten, sollten dies jedenfalls ernsthaft erwägen.

Fehlerhafte Widerrufsbelehrung: Rechtsprechungs-Update I



Dr. Nicolai von Holst
Rechtsanwalt, Partner
Service Line Banking & Finance
Tel: + 49 (0)30 25468 221
nvonholst@deloitte.de

Der für das Bankrecht zuständige 11. Senat des BGH hätte am 23.06.2015 (Gz. XI ZR 154/14) darüber zu entscheiden gehabt, ob ein Widerrufsrecht, das mehrere Jahre nach vollständiger Darlehensabwicklung durch die Darlehensnehmer geltend gemacht wird, verwirkt ist.

Den Verhandlungstermin hatte der BGH frühzeitig über seine Pressestelle bekannt gegeben. Immerhin hätte diese Entscheidung für solche Darlehensverträge, die von beiden Parteien – Darlehensnehmer und Darlehensgeber – schon über einen längeren Zeitraum vollständig erfüllt sind, grundsätzliche Bedeutung gehabt. Vorliegend hatten die Darlehensnehmer den Darlehensvertrag im Jahre 2007 abgeschlossen und bereits Ende 2008 vorzeitig – gegen Zahlung von Vorfälligkeitsentschädigung – zurückgeführt. Den Widerruf erklärten die Darlehensnehmer erst Ende 2011 – vor allem mit dem Ziel, die gezahlte Vorfälligkeitsentschädigung im Rahmen der Rückabwicklung des Darlehensverhältnisses zurück zu erhalten. Die Bank hat sich mit dem Darlehensnehmer nunmehr vorab verglichen, so dass eine Durchführung des Revisionsverfahrens am 23.06.2015 nicht erforderlich wurde.

Konkrete Anhaltspunkte dafür, wie der BGH die Sache entschieden hätte, gibt es nicht. Die Chancen für die Bank auf eine Zurückweisung der Revision der Darlehensnehmer standen aber nicht schlecht. Das OLG Hamburg, das das Widerrufsrecht als verwirkt angesehen hatte (Urteil vom 26.03.2014 – 13 U 71/13, nicht veröffentlicht), steht mit seiner Rechtsauffassung im Einklang mit mehreren anderen Oberlandesgerichten. Auch das OLG Frankfurt, das OLG Düsseldorf und das OLG Köln haben bereits in diese Richtung geurteilt. Die Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des OLG Köln hatte der BGH bereits am 16.04.2013 zurück gewiesen (siehe Forum Juris 01/2015). Nunmehr hat auch das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 02.02.2015 – 2 BvR 2437/14 bestätigt, dass die Verwirkung eines Widerrufsrechts mit EU-Recht vereinbar ist: „Soweit der Beschwerdeführer vorträgt, es sei unionsrechtlich ungeklärt, ob Verbraucherschützende Widerrufsrechte durch nationale Vorschriften zum Rechtsmissbrauch beschränkt werden dürften, berührt dies zwar das Gebot der praktischen Wirksamkeit. Der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Verbots widersprüchlicher Rechtsausübung (§ 242 BGB) steht dies jedoch nicht entgegen, weil zum einen die Ausübung dieser Rechte in das nationale Zivilrecht eingebettet bleibt und weil zum anderen die nationalen Gerichte ein missbräuchliches oder betrügerisches Verhalten auch nach der Rechtsprechung des EuGH berück-

sichtigen dürfen ...“ Die Weichen für eine bestätigende Entscheidung waren damit eigentlich gestellt. Dass der BGH gleichwohl nicht in der Sache entscheiden konnte, ist sicherlich darauf zurück zu führen, dass für die Bank die Folgen einer negativen Entscheidung deutlich gravierender wären als der Nutzen aus einer bestätigenden Entscheidung.

Für noch laufende Darlehensverhältnisse ist die Rechtslage damit ebenfalls weiterhin ungeklärt. Die Instanzengerichte sind nach wie vor uneinig und die Spruchpraxis differiert teilweise sogar zwischen den einzelnen Kammern der Landgerichte. Das Landgericht Berlin hat im März allerdings in vier Verfahren die auf den Widerruf gestützte Klage des Darlehensnehmers abgewiesen.

Wer sich nicht vergleichen will, um auf diesem Wege Rechtssicherheit zu erhalten, geht in die Berufung. Da bei vielen Oberlandesgerichten Vorlaufzeiten von einem Jahr oder mehr praktisch zur Verfahrensverzögerung führen, besteht wohl auf Bankenseite wie auf Darlehensnehmerseite eine gewisse Hoffnung, dass der BGH doch noch vorher ein Grundsatzurteil – zu ihren Gunsten – fällen wird. In einem Verfahren, das wir auf Bankenseite betreuen und in dem die Klage auf Widerruf des Darlehens im März 2015 abgewiesen wurde, weil der Widerruf als rechtsmissbräuchlich gewertet wird, hat das Kammergericht auf Juli 2016 terminiert.

BGH: Aufklärungspflichten einer Bank bei Cross-Currency-Swap-Verträgen

Sachverhalt

Der Kläger beehrte von der anlageberatenden Bank, die selbst nicht Vertragspartei des empfohlenen Swap-Vertrages war, Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung bei Abschluss eines Cross-Currency-Swap-Vertrages (sog. Währungs-Swap-Vertrag) mit einer Landesbank. Er argumentierte, dass er von der beratenden Bank nicht über den anfänglich negativen Marktwert des Cross-Currency-Swaps aufgeklärt wurde und verwies dabei auf die „Ille“-Entscheidung des BGH vom 22. März 2011 (Az.: XI ZR 33/10), in welcher die Beratungspflicht der Bank über einen anfänglich negativen Marktwert bei einem CMS-Spread-Ladder-Swap-Vertrag (sog. Zinssatz-Swap-Vertrag) bejaht wurde.

Entscheidung

Einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die beratende Bank wegen Verletzung des Beratervertrages hat der BGH verneint und die Revision des Klägers gegen das Berufungsurteil des OLG Nürnberg vom 19. August 2013 (Az.: 4 U 2138/12) abgewiesen. Der BGH entschied, dass die beratende Bank, die selbst nicht Vertragspartei eines von ihr empfohlenen Cross-Currency-Swap-Vertrages war, keine Aufklärungspflicht über den anfänglich negativen Marktwert gegenüber dem in einfachen Swap-Geschäften erfahrenen Kläger trifft.

Die beratende Bank habe ihre Pflicht zur anlegergerechten Beratung des Klägers nicht verletzt. Die Aufklärungspflicht der Bank hänge bei riskanten Finanzprodukten, wie bei einem Cross-Currency-Swap, von den jeweiligen allgemeinen Risiken, wie der Konjunkturlage und Entwicklung des Kapitalmarkts, den speziellen Risiken des jeweiligen Anlageprodukts, der Risikobereitschaft, den Erfahrungen, den Kenntnissen sowie den finanziellen Möglichkeiten des jeweiligen Kunden ab. Vorliegend habe der Kläger das von ihm gewünschte Währungspaar sowie den Einstiegskurs für das Swap-Geschäft vorgegeben und sich in dem Beratungsgespräch als „spekulativ“ bezeichnet. Der Kläger war der beratenden Bank auch als erfahrener Geschäftsmann bekannt, der zuvor Fremdwährungskredite von mehr als über eine Million Euro aufgenommen und für eine Gesellschaft mehrere Cross-Currency-Swap-Geschäfte getätigt hatte. Die beratende Bank durfte aufgrund der Kenntnis dieser Umstände davon ausgehen, dass dem Kläger das mit dem Abschluss des empfohlenen Cross-Currency-Swap-Vertrages verbundene Fremdwährungsrisiko bewusst war als sie dem Kläger einen Cross-Currency-Swap-Vertrag einer Landesbank empfohlen habe.

Ein Verstoß der beratenden Bank gegen ihre Pflicht zur objektgerechten Beratung sei nach dem BGH ebenfalls zu verneinen. Zwar seien die Anforderungen an die Aufklärungspflichten der beratenden Bank bei einem riskanten Anlageprodukt wie dem Cross-Currency-Swap als hoch einzustufen, eine Übertragung der umfassenderen Aufklärungspflichten bei einem CMS-Spread-Ladder-Swap sei nicht angezeigt. Der BGH hat im Jahre 2011 in der sog. „Ille“-Entscheidung ausgeführt, dass die beratende Bank, die – anders als beim vorliegenden Sachverhalt – zugleich auch Vertragspartei des empfohlenen CMS-Spread-Ladder-Swap-Vertrages geworden sei, über den anfänglich negativen Marktwert hätte aufklären müssen. An die Aufklärungspflicht der Bank seien aufgrund der sehr komplexen Zinsformel und der möglicherweise verheerenden Auswirkungen eines CMS-Spread-Ladder-Swap umfangreiche Anforderungen zu stellen. Des Weiteren sei der anfänglich negative Marktwert, und damit auch die Gewinnmarge der Bank, ein schwerwiegender, für den Kunden nicht erkennbarer Interessenkonflikt, der geeignet sei, die Interessen des Anlegers zu gefährden, über den die vertragsschließende Bank deshalb aufklären müsse. Laut BGH können aber die Grundsätze der „Ille“-Entscheidung nicht auf den zu entscheidenden Sachverhalt übertragen werden. Bei dem vorliegenden Swap-Vertrag handele es sich um einen einfacheren Cross-Currency-Swap-Vertrag, bei dem wegen der festen Zinssätze lediglich ein Währungsrisiko bestehe. Außerdem sei die beratende Bank nicht zugleich Vertragspartei des Cross-Currency-Swap-Vertrages, so dass es an einem schwerwiegenden Interessenkonflikt fehle.

Aus der Tatsache, dass der Swap einen anfänglich negativen Marktwert habe, ließe sich kein wesentlicher Umstand für eine Anlageentscheidung ableiten, über den die beratende Bank im Rahmen einer objektgerechten Beratung grundsätzlich aufzuklären hätte. Der anfänglich negative Marktwert treffe keine Aussage über den zukünftigen Erfolg oder Misserfolg des Swap-Geschäfts. Er spiegele lediglich den Marktwert bei Abschluss des Swap-Vertrages wieder, der im Falle einer sofortigen Glattstellung bei Vertragsschluss realisierbar wäre; der Kunde hätte dann einen Verlust in Höhe des anfänglich negativen Marktwerts zu tragen. Bei Vorliegen eines anfänglich negativen Marktwerts müsse der Kunde zunächst die Bruttomarge der Bank erwirtschaften, bevor er in die Gewinnzone gelange. Das Vorliegen eines anfänglich negativen Marktwerts sei keine Besonderheit von Swap-Geschäften, sondern auch bei sonstigen Anlageprodukten anzutreffen, bei denen



Nina Trakostanec, LL.M.
(Stellenbosch University)
Rechtsanwältin, Associate
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)89 29036 8901
ntrakostanec@deloitte.de

eine Aufklärungspflicht über den anfänglich negativen Marktwert nicht bestehe. Nach Auffassung des BGH sei eine Aufklärungspflicht der beratenden Bank aber dann zu bejahen, wenn im Einzelfall der anfänglich negative Marktwert die Gewinnchancen des Kunden durch übermäßige Gewinnbestandteile und Kosten beeinträchtige. Kann die Wertdifferenz, die sich aus dem anfänglich negativen Marktwert ergebe, innerhalb der Laufzeit des Swap-Vertrages aufgeholt werden, hat der Kunde eine Gewinnchance; eine Aufklärungspflicht der Bank sei dann konsequenterweise abzulehnen. Der Kläger habe vorliegend die Beeinträchtigung der Werthaltigkeit des Swap nicht substantiiert genug dargelegt.

Praxishinweis

Der BGH hat seine ausufernde Rechtsprechung aus dem Jahre 2011 zu den Aufklärungspflichten anlageberatender Banken über das Vorliegen eines anfänglich negativen Marktwerts nicht ausgeweitet. Die exzessiven Anforderungen an die Aufklärungspflichten anlageberatender Banken sollen nicht auf einfachere Swaps mit festen Zinssätzen, wie dem Cross-Currency-Swap, übertragbar sein, so dass die Bank auch nicht verpflichtet sei, über einen anfänglich negativen Marktwert aufzuklären. Ist die Bank in einer Drei-Personen-Konstellation nur beratend tätig, ohne selbst Vertragspartei des Swap-Geschäfts zu sein, bestehe schon deshalb keine Aufklärungspflicht über einen anfänglich negativen Marktwert, weil es an einem Interessenkonflikt der beratenden Bank mangelt.

In einem weiteren Swap-Verfahren hat der BGH in seiner jüngsten Entscheidung am 28. April 2015 (Az.: XI ZR 378/13; derzeit noch nicht veröffentlicht - Stand Mai 2015) - in Anlehnung an die „Ille“-Entscheidung - erneut ausgeführt, dass eine Bank, die selbst Vertragspartei des CMS-Spread-Ladder-Swap-Vertrages sei und somit ein Eigeninteresse an der Empfehlung des Vertrages besitze, den Kunden über einen anfänglich negativen Marktwert sowie dessen Höhe aufklären müsse. Erst durch die Aufklärung über einen negativen Marktwert könne der Kunde das Eigeninteresse der Bank richtig einschätzen. Bei Verletzung dieser Aufklärungspflicht solle der Kunde so gestellt werden, als ob er den Vertrag nie abgeschlossen hätte.

Bedarf es eines besonderen AGB-Rechts für Unternehmen?

Deutsche Rechtsberater stoßen vielfach auf Unverständnis bei nationalen und internationalen Mandanten, wenn sie versuchen, die Untiefen des AGB-Rechts und hier insbesondere die (Un-)Möglichkeiten zur Vereinbarung einer sinnvollen, ggf. am Auftragsvolumen orientierten Haftungsbegrenzung, zu erklären. Denn Unternehmen sind derzeit nicht in der Lage, bei standardisierten Vertragsabschlüssen mit anderen Unternehmen ihre Haftung rechtssicher zu beschränken. Zu diesem Ergebnis kommt zuletzt auch eine durch das Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebene Studie zum Thema „AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen“.

Hintergrund der Studie war Kritik aus Teilen der Wirtschaft, wonach die AGB-Kontrolle die Vertragsfreiheit von Unternehmen unangemessen stark einschränke. Die zwischen August 2013 und Juli 2014 durchgeführte Studie sollte insoweit klären, ob und in welchem Umfang ein Reformbedarf besteht.

Bisherige Positionen zum AGB-Recht

Die Kritik am AGB-Recht ist allerdings nicht neu. Bereits in 2008 gründete sich die „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“. Sie wurde von Anwaltskanzleien sowie Wirtschaftsverbänden wie VDMA und ZVEI, der IHK Frankfurt am Main, Rechtswissenschaftlern und Syndizi ins Leben gerufen. Die Initiative argumentiert, das AGB-Gesetz sei ursprünglich als reines Verbraucherschutzgesetz geplant gewesen. Denn erst auf Vorschlag des Deutschen Juristentages von 1974 entschloss sich der Gesetzgeber, die Möglichkeit der Inhaltskontrolle von AGBs auf Unternehmen auszudehnen. Das ursprüngliche gesetzgeberische Ziel allerdings, für den b2b-Bereich eine stärkere Flexibilität und Elastizität zu ermöglichen, wurde dabei jedoch außer Acht gelassen. Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB im kaufmännischen Geschäftsverkehr „Indizien für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners“ sind. Auf dieser Grundlage wird im Regelfall vermutet, dass im unternehmerischen Geschäftsverkehr die gleichen Standards gelten wie gegenüber Verbrauchern.

Als ersten Erfolg der Frankfurter Initiative gaben die Bundesländer einen Prüfungsauftrag an das Bundesministerium der Justiz, eine Anhörung zu dem Thema erfolgte im März 2012. Wenige Monate später schloss sich der 69. Deutsche Juristentag im September 2012 in seinen Beschlüssen der Meinung an, dass das AGB-Recht im b2b-Bereich einer Reform bedürfe. Der 69. Deutsche Juristentag beschloss konkret:

- Die von der Rechtsprechung herausgebildete weitgehende Gleichbehandlung von AGB in b2c- und b2b-Bereich, insb. die Indizierung der §§ 308, 309 BGB, ist abzulehnen.
- Im b2b-Bereich sind die Anforderungen an das Aushandeln von Vertragsbedingungen den Gepflogenheiten unternehmerischer Vertragsverhandlungen anzupassen.
- Im b2b-Bereich sollte sich der Maßstab der Inhaltskontrolle an der guten unternehmerischen Praxis einer Branche, eines Industriesektors bzw. eines Wirtschaftszweiges orientieren.

Freilich gibt es nicht nur Befürworter einer Reform des AGB-Rechts. Ebenfalls in 2012 bildete sich die Gegeninitiative „pro AGB-Recht“, welche aus 30 Wirtschaftsverbänden aller Branchen besteht. In einer gemeinsamen Erklärung von April 2013 legte die Initiative dar, dass sich das AGB-Recht auch im Verhältnis zwischen Unternehmen bewährt habe.

Ergebnis der Studie des BMJ

Die zuletzt durchgeführte Studie hat in einer Analyse höchstrichterlicher Rechtsprechung ergeben, dass wirkungsvolle Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse im Anwendungsbereich der §§ 305 BGB kaum möglich sind. Da § 309 Nr. 7b BGB für den unternehmerischen Rechtsverkehr Indizwirkung zugemessen wird, kommt eine Freizeichnung für grobes Verschulden grundsätzlich nicht in Betracht. Hinzu tritt das aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB abgeleitete Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten, welches auch für einfache Fahrlässigkeit gilt. Auch die verbleibende Möglichkeit, die Haftung zu beschränken, ist von wenig praktischer Relevanz, denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss die Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten mindestens den vorhersehbaren, vertragstypischen Schaden umfassen (Vorhersehbarkeitsformel).

Die Untersuchung der branchenüblichen Haftungsbeschränkungen in verschiedenen Vertragstypen ergab ferner, dass insbesondere summenmäßige Haftungsbeschränkungen, die die maximale Haftung auf einen bestimmten Prozentsatz des vereinbarten Entgeltes festsetzen, im unternehmerischen Rechtsverkehr weit verbreitet sind und in vielen Bereichen dem Marktstandard entsprechen. Letzteres gilt vor allem für Verträge des Unternehmenskaufs, des Anlagen- und Industriebaus, der Kontraktlogistik und des Outsourcings, wo die entsprechenden Haftungsbeschränkungen zentraler Bestandteil der von den Parteien vereinbarten Risikoallokation sind



Stefan H. V. Wilke
Rechtsanwalt, Senior Associate
Service Line Commercial Law
Tel: + 49 (0)211 8772 3402
stwilke@deloitte.de

Laura Bäumer
Studentische Hilfskraft

und typischerweise mit Haftungserleichterungen in Form von Garantien, Vertragspönalen oder Schadenspauschalen korrespondieren. Die üblichen Haftungsbeschränkungen werden den von der Rechtsprechung aus §§ 307 ff BGB abgeleiteten Maßstäben nicht gerecht.

Die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung hängt somit entscheidend davon ab, ob die Klausel die Anforderungen des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB an eine Individualvereinbarung erfüllt. Hierbei handelt es sich um eine Frage des Einzelfalls. Generell besteht jedoch die Problematik, dass die Notwendigkeit von Haftungsbeschränkungen wegen deren Branchenüblichkeit in der Praxis meist von keiner der Parteien grundsätzlich infrage gestellt wird. Es fehlt mithin regelmäßig am Aushandeln (dem ernsthaften Zur-Disposition-Stellen) der Klausel, welches in der Rechtsprechung aber Voraussetzung einer Individualvereinbarung ist. Weiterhin hat die Studie ergeben, dass im unternehmerischen Rechtsverkehr Vertragsschlüsse in erheblichem Umfang auf Basis standardisierter Vertragsbedingungen mit geringem Vertragsgestaltungs- und Verhandlungsaufwand erfolgen und daher ganz überwiegend in den Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB fallen dürften. Ein Unternehmer, der, sei es auch nur zur Vorbereitung von Vertragsverhandlungen, einem anderen Unternehmer Klauselvorschläge unterbreitet, kann es kaum vermeiden, als Verwender von AGB behandelt zu werden. Regelmäßig geht die Rechtsprechung davon aus, dass es sich um „vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt“, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Die Anforderungen der Rechtsprechung, wann eine Klausel als ausgehandelt gilt, sind hoch.

Die Studie des BMJ kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass ein Reformbedarf des AGB-Rechts im b2b-Bereich besteht und empfiehlt als Reformvorschlag in Abkehr von der Vorhersehbarkeitsformel des BGH die Einführung einer Regelung, wonach im unternehmerischen Rechtsverkehr summenmäßige Haftungsbeschränkungen zulässig sind. Einschränkend soll dies jedoch nur möglich sein, sofern die Haftungsbeschränkungen dem Verwender nicht jeglichen Anreiz zum sorgfältigen Handeln nehmen und er den Klauselgegner explizit auf die Haftungshöchstsumme hinweist. Darüber hinaus wird die Einführung einer an den Gegenstandswert des Vertrags knüpfenden Wertgrenze empfohlen, ab deren Erreichen die §§ 307 ff. BGB nicht mehr anwendbar sind, bzw. die Einführung einer Regelung, wonach die AGB-Kontrolle bei einem erheblichen wirtschaftlichen Ungleichgewicht (entsprechend) Anwendung findet (auch oberhalb der Wertgrenze).

Weitere Reformvorschläge zur Änderung des AGB-Rechts

Der Reformvorschlag der BMJ-Studie ist bei weitem nicht der Einzige.

Verhandeln statt Aushandeln

Die „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“ und einige andere schlagen vor, § 305 Abs. 1 BGB einen neuen Satz 4 hinzuzufügen:

„Wird eine Vertragsbedingung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet, so gilt sie als ausgehandelt, wenn die Vertragsparteien über sie im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags in einer dem Gegenstand des Vertrages und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben.“

Dieser neue Satz soll Unternehmern die Möglichkeit geben, dem strengen Maßstab, den die Rechtsprechung an das Merkmal „Aushandeln“ legt, zu entgehen. Indizien für eine verhandelte Vertragsbedingung könnten z.B. Vertragsverhandlungen über einen längeren Zeitraum, frühere inhaltsgleiche Vertragsabschlüsse, Ausnahme von Änderungswünschen, Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der vorformulierten Vertragsbedingungen, juristische Beratung oder auch die Unternehmensgröße sein.

Dieser Gesetzesvorschlag liefert eine Grundlage für eine einzelfallbezogene Wertung. Unter diesen Umständen kann eine Klausel als in einem Vertrag, der von Anwälten oder Hausjuristen der Partei verhandelt wurde, auch dann ohne weiteres als ausgehandelt gelten, wenn sie nicht abgeändert oder nur rudimentär verhandelt wurde. Auch die Ansicht des BGH, es genüge nicht, dass die Parteien das Vertragswerk insgesamt besprochen und in Teilen abgeändert haben, während die jeweilige Haftungsklausel unverändert geblieben ist, kann auf der Basis des vorgeschlagenen Gesetzestextes korrigiert werden.

Differenzierung bei der Inhaltskontrolle

Weiterhin soll nach diesem Reformvorschlag der § 310 Abs. 1 S. 2 geändert werden. Statt „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen“ würde der neue Satz 2 lauten:

„Vertragsbestimmungen sind unangemessen, die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben von gängiger unternehmerischer Praxis grob abweichen“.

Alternativ vorgeschlagen wird auch die Formulierung: „Im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche sowie Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs, insbesondere die im Vergleich zu Verbrauchern geringere Schutzbedürftigkeit bestimmter Unternehmer, sind zu beachten.“

Hierdurch wollen die Befürworter einer Reform einen neuen Maßstab für die Beurteilung von AGB zwischen Unternehmern schaffen. Diese sollen nicht mehr den strengen Maßstäben von Verbraucherverträgen unterliegen. Vielmehr soll eine Generalklausel für die Beurteilung der Inhaltskontrolle geschaffen werden.

Stellungnahme

Die Veröffentlichung der BMJ-Studie stellt zwar noch kein Präjudiz für eine eventuelle Gesetzesreform dar. Sie zeigt zusammen mit den weiteren Reformvorschlägen allerdings ganz klar, dass für den b2b-Verkehr die Notwendigkeit zum Handeln für den Gesetzgeber besteht, um Unternehmen einen angemessenen und rechtssicheren Rahmen für sinnvolle Haftungsbegrenzungen in AGB zu geben. In Anbetracht der in der Beratungspraxis ständig vorzufindenden Bestrebungen, klare und insbesondere summenmäßige Haftungsbegrenzungen in Standardverträgen und in AGB zu formulieren, sind die Durchführung sowie die Ergebnisse der BMJ-Studie jedoch sehr zu begrüßen. Der Weg hin zu einem AGB-Recht für den unternehmerischen Verkehr dürfte jedoch noch sehr langwierig sein.



Fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages bei Vielzahl unwesentlicher Pflichtverletzungen des Franchise-Nehmers



Tatiana Getman

Rechtsanwältin, Senior Associate
Service Line Commercial Law
Tel: +49 (0)511 307 559 3
tgetman@deloitte.de

Ein Franchise-Vertrag kann – wie jedes andere Dauerschuldverhältnis – vor Ablauf seiner Laufzeit oder vor dem Ende einer ordentlichen Kündigungsfrist durch eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund beendet werden. Nach einer in der Rechtsprechung und in der herrschenden Literatur überwiegend vertretenen Auffassung ist auf außerordentliche Kündigungen von Franchise-Verträgen die Vorschrift des § 314 BGB anwendbar. Also berechtigen grundsätzlich nur solche Gründe zu einer fristlosen Kündigung des Franchise-Vertrages, die das Vertrauensverhältnis in einem solchem Maß erschüttern, dass dem kündigenden Vertragspartner ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann.

In den letzten Jahren sind mehrere Urteile ergangen, die sich mit außerordentlichen Kündigungen von Franchise-Verträgen beschäftigten (u.a. OLG München Ur. vom 15. April 1999, 29 U 4446/98; OLG München Ur. vom 25. August 2005, 6 U 4084/04; LG Gießen Ur. vom 5. Mai 2006, 8 O 124/05; BGH Ur. vom 3. Oktober 1984, VIII ZR 118/83; BGH Ur. vom 17. Dezember 1998, I ZR 106/98). Die aktuelle Entscheidung des OLG München vom 14. Oktober 2014 trägt zur Klärung zahlreicher noch offener Fragen im Bereich der fristlosen Kündigung von Franchise-Verträgen bei und befasst sich nicht nur mit den Voraussetzungen, unter denen eine fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages erklärt werden kann, sondern stellt auch gleichzeitig Grundlagen auf, die zukünftig bei der fristlosen Kündigung eines Franchise-Vertrages zu beachten sind.

In dem vom OLG München entschiedenen Fall ging es um folgenden Sachverhalt: Im Jahre 2003 schloss die Franchise-Geberin mit der Franchise-Nehmerin einen Franchise-Vertrag bezüglich des Betriebs eines Fastfood-Restaurants über einen Zeitraum von zwanzig Jahren. Im Jahre 2012 wurde der Franchise-Vertrag von der Franchise-Geberin fristlos gekündigt, wobei die Kündigung auf mehrere, über einen längeren Zeitraum anhaltende und bei Betriebsprüfungen durch die Franchise-Geberin festgestellten Mängel der Restaurantführung gestützt wurde. Insbesondere lagen Verstöße gegen lebensmittelrechtliche und hygienische Vorschriften vor, wenn zum Beispiel Mindesthaltbarkeitsdaten nicht beachtet wurden oder ein Mitarbeiter zwischen Kassenbereich und Küche wechselte, ohne sich die Hände zu waschen. Teilweise ging es aber auch um Verstöße gegen die Bekleidungsrichtlinien innerhalb des Franchise-Systems, unter anderem um das Fehlen einer vorgesehenen Kopfbedeckung oder das Tragen einer privaten Bluse

bzw. Krawatte. Die Franchise-Nehmerin akzeptierte die Kündigung nicht und klagte auf Schadensersatz. Sie unterlag jedoch sowohl in erster Instanz als auch in der Berufungsinstanz vor dem OLG München.

Hinsichtlich des Kündigungsgrundes schließt die Entscheidung des OLG München an eine der ersten Entscheidungen des BGH vom 3. Oktober 1984 zur fristlosen Kündigung eines Franchise-Vertrages an, in der der BGH bereits feststellte, dass eine Vielzahl von Einzelverstößen im Rahmen einer gebotenen Gesamtabwägung eine fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages rechtfertigen kann. Das OLG München stellte fest, dass im vorliegenden Fall die einzelnen Pflichtverstöße der Franchise-Nehmerin die Wesentlichkeitsschwelle nach § 314 Abs. 1 BGB nicht überschritten haben, so dass jede dieser Pflichtverletzungen für sich zweifellos eine fristlose Kündigung des Franchise-Vertrages nicht rechtfertigen würde. Deren Zusammenschau jedoch ließ die fristlose Kündigung aus der Sicht des Gerichts vertretbar erscheinen. Dabei wurde vor allem berücksichtigt, dass die festgestellten Pflichtverletzungen geeignet waren, das Ansehen der Marke der Franchise-Geberin in der Öffentlichkeit zu beeinträchtigen und damit auch potentiell geeignet waren, die Franchise-Geberin und andere Franchise-Nehmer zu schädigen. So diente das einheitliche Erscheinungsbild der Mitarbeiter in allen Restaurants der praktizierten „corporate identity“, während in der Verletzung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften für die gesamte Franchise-Kette die Gefahr der Rufschädigung lag. Das OLG München leitet in seinem Urteil grundsätzlich ab, dass bei einer Mehrzahl einzelner Verstöße des Franchise-Nehmers gegen den abgeschlossenen Franchise-Vertrag, Richtlinien des Franchise-Gebers oder seine Anweisungen, auch wenn diese jeweils für sich genommen nicht den Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach den Regelungen des abgeschlossenen Franchise-Vertrages erfüllen, bzw. die Wesentlichkeitsschwelle nicht überschreiten, gleichwohl eine fristlose Kündigung nach § 314 Abs. 1 BGB berechtigt sein kann. Das gilt dann, wenn sich aus der Gesamtschau der einzelnen Umstände und einer Interessenabwägung ergibt, dass die Gründe insgesamt einen wichtigen Grund im Sinne von § 314 Abs. 1 BGB darstellen und das Vertrauensverhältnis zwischen dem Franchise-Geber und dem Franchise-Nehmer so nachhaltig gestört ist, dass eine Fortsetzung des Franchise-Vertrages bis zum Ablauf der vertraglich vereinbarten Laufzeit bzw. bis zum Zeitpunkt einer etwaigen ordentlichen Kündigung nicht mehr in Betracht kommt.

Im Hinblick auf die Restlaufzeit des Franchise-Vertrages sowie das Erfordernis einer Abmahnung stellt das OLG München fest, dass die Interessen der Franchise-Nehmerin am Fortbestand des Vertragsverhältnisses zurückzutreten haben, sofern das Markenimage gefährdet sein sollte. Grundsätzlich soll bei einer fristlosen Kündigung eine Abwägung der wechselseitigen Interessen der Vertragsparteien vorzunehmen sein. Allerdings ist nunmehr davon auszugehen, dass bei einer längeren Restlaufzeit des Franchise-Vertrages die Interessen des Franchise-Nehmers zurückzutreten haben, weil es für den Franchise-Geber nicht zumutbar ist, den Franchise-Vertrag fortzusetzen und von einer fristlosen Kündigung abzusehen. Das galt auch, obwohl das gegenständliche Lokal der einzige Erwerbszweig der Franchise-Nehmerin gewesen ist, so dass durch diese Kündigung ihre Existenz bedroht war. Zwar ist richtig, dass Franchise-Verträge üblicherweise mit einer längeren Laufzeit verbunden sind, um dem Franchise-Nehmer die Gelegenheit zu geben, seine Investition zu amortisieren, so dass die Franchise-Nehmerin im vorliegenden Fall grundsätzlich ein Interesse am Fortbestehen des Franchise-Vertrages bis zum regulären Vertragsende hatte. Auf der anderen Seite schlägt aber eine so lange Restlaufzeit eines Franchise-Vertrages bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Geschäftsverhältnisses zugunsten des Franchise-Gebers ins Gewicht.

Bezüglich des Erfordernisses einer Abmahnung stellte das Gericht fest, dass dieses dann gewahrt sei, wenn der Franchise-Geber in früheren Schreiben bereits auf wesentliche Vorgänge hingewiesen und hinreichend zum Ausdruck gebracht hat, dass er die Beendigung des Vertragsverhältnisses abwäge, auch wenn diese nicht im Detail aufgeführt worden seien. Denn gerade bei Pflichtverletzungen, die geeignet sind, den Ruf und das Image des gesamten Franchise-Systems zu beeinträchtigen, soll der Franchise-Geber schnell reagieren können, um einen weiteren Schaden von sich und weiteren Franchise-Nehmern abwenden zu können.

Fazit: Parteien eines Franchise-Systems können der vorstehend dargestellten OLG-Entscheidung zunächst entnehmen, dass man zukünftig bei jeder fristlosen Kündigung die Frage der Vertretbarkeit zu prüfen hat, wobei für diese Prüfung an erster Stelle wohl nicht auf die Intensität der Pflichtverletzungen des Franchise-Nehmers als solche abzustellen ist, sondern darauf, ob diese Pflichtverletzungen geeignet sind, das Ansehen des Franchise-Systems an sich zu beeinträchtigen bzw. ob diese zur Rufschädigung der weiteren Franchise-Unternehmen führen können.

Als weiterer Grundsatz ergibt sich aus der Entscheidung, dass eine längere Restlaufzeit des Franchise-Vertrages eher zu Lasten des Franchise-Nehmers wirken kann und dass die Kündigung auch auf frühere Abmahnungen gestützt werden kann, wenn eine Fortsetzung des vertragswidrigen Verhaltens erfolgt.

Reform des Insolvenzrechts – Größere Rechtssicherheit für Lieferanten in der Insolvenz des Geschäftspartners



Phillip-Boie Harder, LL.M.oec.
Rechtsanwalt, Associate
Service Line Restructuring –
Insolvency Law
Tel: +49 (0)211 8772 4043
pharder@deloitte.de



**Dr. Martin Ströhm, LL.M.
(Chicago)**
Rechtsanwalt, Partner
Service Line Corporate/M&A
Tel: +49 (0)89 2903689 55
mstroehmann@deloitte.de

1. Einleitung

In den letzten Jahren wurde von Seiten der Wirtschaft, Sozialversicherungsträgern, verschiedenen Verbänden, u.a. von der Wirtschaftsprüfer- und Steuerberaterkammer, eine Reform des Insolvenzanfechtungsrechts ange-mahnt. Diese Forderungen wurden von der Politik auf-gegriffen und nunmehr liegt ein erster Entwurf aus dem BMJV vor, der im Folgenden aus Sicht eines Lieferanten beleuchtet werden soll.

2. Hintergrund

Ausweislich der Begründung verfolgt der Gesetzesentwurf das Ziel, den Wirtschaftsverkehr von Rechtsunsicher-heiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts und der (Aus-)Nutzung dieser Regelungen durch die Insolvenzverwalter ausgehen. Dabei soll insbesondere die Praxis der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 der Insolvenzordnung (InsO) eine Belastung mit unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken darstellen. Die Belastung zeige sich aus Sicht des Geschäftsverkehrs vorwiegend bei der Frage, ob und unter welchen Umständen verkehrsübliche Zahlungs-erleichterungen das Risiko einer späteren Vorsatzanfeh- tung der erhaltenen Zahlungen begründen. Hierzu hält der Regierungsentwurf fest, dass nach der derzeitigen Rechtsprechung zu den Beweisanzeichen, auf deren Grundlage der Tatrichter das Vorliegen eines erforderli- chen Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes bejahen kann, auch das Ersuchen des Schuldners um Zahlungserleichte- rungen, gehört. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat zugunsten des Rechtsverkehrs zwar auch „entkräftende“ Beweisan- zeichen entwickelt, die es den Betroffenen ermöglichen, sich darauf zu berufen, dass eine Zahlung in einen barge- schäftsähnlichen Austausch eingebunden oder Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs war. Hinsichtlich solcher entkräftenden und einem Anfechtungsanspruch entgegenstehenden Tatsachen besteht jedoch ein erhebli- ches praktisches Problem für den Betroffenen. Denn der Beweis lässt sich in der Praxis ohne detaillierten Einblick in die Vermögensverhältnisse des Schuldners kaum führen und läuft daher üblicherweise ins Leere.

Mit den Neuregelungen soll daher ein angemessener Ausgleich zwischen den durch das Insolvenzanfeh- tungsrecht geschützten Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger und den legitimen Erwartungen und Interessen derjenigen erreicht werden, die sich insolven- zanfechtungsrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sehen. In diesem Sinne zielt der Referentenentwurf darauf ab, die Insolvenzanfechtung an Tatbeständen festzumachen, die von den Betroffenen erkannt und nachvollzogen

werden können und die im Zusammenspiel mit den sich an sie knüpfenden Rechtsfolgen Gewähr dafür bieten, dass die Betroffenen nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet werden.

Für Lieferanten stellt sich die Anfechtungsproblematik nach derzeitiger Rechtsprechung konkret so dar: Jeder Lieferant tritt durch seine Warenlieferung zunächst in Vorkasse; jegliches und zudem durchaus geschäftsüb- liche Entgegenkommen gegenüber dem Kunden bei der Bezahlung wird ihm (aufgrund der Ausweitung der Indiz- und Beweisanzeichen) jedoch nachträglich zu Lasten gelegt. Wer als Lieferant einer Ratenzahlung oder Stundungsvereinbarung zustimmt, dokumentiert damit (nach Ansicht des BGH) seine Kenntnis von der drohen- den Zahlungsunfähigkeit des Kunden und späteren Insol- venzschuldners. Aufgrund der gesetzlichen Vermutung in § 133 Abs. 1, S. 2 InsO wird hieraus wiederum auf die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auf Seiten des Schuldners geschlossen. Jede Ratenzahlungs- und/oder Stundungsvereinbarung erleichtert damit dem späteren Insolvenzverwalter den Anfechtungsprozess.

3. Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

a) Neuregelung laut Referentenentwurf

Für die dargestellte Problematik aus Lieferantensicht ist im Wesentlichen die Neuregelung bzw. Ergänzung der Vorsatzanfechtung relevant. § 133 InsO (Vorsatzanfeh- tung) soll zukünftig wie folgt lauten:

Abs. 1 (teilweise ergänzt, teilweise neu): Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger unangemessen zu benachtei- ligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Eine unangemessene Benachteiligung liegt nicht vor, wenn

1. für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist, oder
2. die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs ist.

Es wird vermutet, dass der andere Teil den Vorsatz des Schuldners kannte, wenn er zur Zeit der Rechtshandlung wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger unange- messen benachteiligte.“

Abs. 2 (neu): Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.

Abs. 3 (neu): Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt bei der Vermutung nach Absatz 1 Satz 3 an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die eingetretene. Die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners kann nicht allein daraus abgeleitet werden, dass

1. der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung nach § 802b Absatz 2 Satz 1 der Zivilprozessordnung abgeschlossen hat oder

2. der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat.“

Wesentliche Neuerung in Absatz 1 ist, dass auf eine unangemessene Benachteiligung abgestellt wird (Satz 1). Als gesetzlich vorgesehene Ausnahmen von einer solchen Benachteiligung wurden nunmehr Zahlungen im Rahmen der Fortführung eines Unternehmens (Satz 2, Nr. 1) und als Bestandteile eines ernsthaften Sanierungsversuchs (Satz 2, Nr. 2) normiert. Der Zeitraum für die Anfechtung einer Zahlung, der dem Lieferanten als Gläubiger eine Befriedigung seiner Forderung gebracht hat, wird durch Absatz 2 auf vier Jahre verkürzt. Bisher galten hier zehn Jahre. Schließlich wird in Absatz 3 eine Einschränkung der Vermutungsregelung aus Absatz 1 normiert, wobei explizit der Fall einer Zahlungserleichterung nicht ausreichend sein soll, um daraus die Kenntnis vom Schuldnervorsatz abzuleiten.

b) Bewertung

Das Anliegen des Reformgesetzgebers ist einerseits einem ausufernden Gebrauch des Anfechtungsrechts Einhalt zu gebieten und damit andererseits dem Rechtsverkehr eine größere Sicherheit und Planbarkeit zu gewähren. Angesichts der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe (z.B. „ernsthafter Sanierungsversuch“, „unangemessene Benachteiligung“ oder „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“) steht jedoch zu befürchten, dass die Rechtsprechung erst in den nächsten Jahren diese mit Leben und Inhalt füllen müssen / können. Damit träte die gewünschte Rechtssicherheit zumindest für diesen Zeitraum nicht ein. Ob sie danach erreicht wird, mag angesichts der Rechtsprechungsdynamik

gerade im Bereich des Anfechtungsrechts zudem kritisch gesehen werden. Wünschenswert wären damit aus Sicht von Lieferanten und anderer Teilnehmer des Geschäftsverkehrs, dass der Gesetzgeber selbst klare Vorgaben entwickelt und dies nicht (wie allzu oft) der Rechtsprechung überlässt.

4. Anfechtung wegen sog. inkongruenter Deckung (§ 131 InsO)

a) Neuregelung laut Referentenentwurf

Auch die vorgeschlagene Änderung von § 131 InsO ist für Lieferanten praktisch sehr relevant. Die Regelung soll zukünftig wie folgt ergänzt werden:

„Eine Rechtshandlung ist nicht allein deshalb nach Satz 1 anfechtbar, weil der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung auf der Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren erlangten vollstreckbaren Titels erwirkt hat.“

Die bisherige Rechtsprechung des BGH sah vor, dass eine Zahlung in der Zwangsvollstreckung oder auf einen Zwangsvollstreckungstitel als inkongruent angesehen wurde und damit der Anfechtung unterlag. Für Lieferanten hatte dies zur Folge, dass ein an sich vollkommen sozialadäquates und wünschenswertes Verhalten, nämlich die Forderungssicherung durch Beitreibung mittels Zwangsvollstreckung im Falle der späteren Insolvenz des Kunden, zu einer Rückgabepflicht auf Seiten der Lieferanten umschlug.

b) Bewertung

Der Referentenentwurf versucht das Problem dadurch zu entschärfen, dass Zahlungen auf gerichtliche Titel nicht mehr zur Inkongruenz und damit der Anfechtbarkeit führen sollen. Zukünftig kann man als Lieferant also darauf vertrauen, dass man ein gerichtliches Mahn- oder Klageverfahren nicht umsonst betreibt und die daraufhin erfolgte Zahlung behalten darf, selbst wenn der Kunde später ein Insolvenzverfahren durchläuft. Positiv ist hieran ebenfalls, dass Bestrebungen hoheitlicher Stellen, namentlich der Finanzverwaltung und von Sozialversicherungsträgern, widerstanden wurde, Titeln dieser Träger (die sie im Übrigen selbst erlassen können) eine ähnliche Privilegierung zu gewähren, also ein „fiskalisches Sonderrecht“ vermieden wurde. Problematisch ist an der vorgeschlagenen Neuregelung jedoch, dass sie verschiedene „Qualitäten“ von Titeln schafft. So würde zukünftig ein Titel kraft einer notariellen Urkunde (typischer Weise die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in Kreditverträgen) keinen Anfechtungsschutz genießen, wohingegen ein gerichtlich

erstrittener Titel, diesen genießen soll. Auch scheint bedenklich, dass gerade Sozialversicherungsträger und Finanzämter, selbst wenn sie wollten, vielfach gar keine gerichtlichen Titel erstreiten könnten, da ihnen für eine Klage regelmäßig das Rechtsschutzinteresse fehlen wird (da sie für den Erlass von Titeln – siehe oben – selbst zuständig sind).

5. Verzinsung (§ 143 InsO)

a) Neuregelung laut Referentenentwurf

Eine weitere für Lieferanten sehr wichtige Neuregelung betrifft die Verzinsungspflicht von (Rück-)Zahlungen, die aus einer erfolgten Anfechtung resultieren. § 143 InsO soll zukünftigwie folgt ergänzt werden:

„Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen.“

Die bisherige Regelung führte dazu, dass der erfolgreich angefochtene Betrag nicht erst ab dem Zeitpunkt der Anfechtung, sondern bereits ab Vornahme der Rechts-handlung (also z.B. der Bezahlung der gelieferten Ware), zu verzinsen war. Für diese galt (und gilt) der gesetzliche Zinssatz, der aktuell weitaus höher als marktüblich ist. Dies wiederum führte zumindest teilweise zu ungewünschten Auswüchsen auf Seiten der Insolvenzverwalter. Da die Pflicht zur Verzinsung unabhängig von dem Zeitpunkt der erklärten Anfechtung (rückwirkend) lief, sprachen einige Beobachter in der Branche davon, dass Insolvenzverwalter bewusst Anfechtungsansprüche sehr spät im Verfahren geltend machten, da ihnen eine Verzinsung ihrer Forderungen sicher war und eine möglichst spät erklärte Anfechtung letztlich zu einer Massemerhöhung führte.

b) Bewertung

Durch die vorgeschlagene Koppelung an die allgemeinen Vollzugsvoraussetzungen, d.h. an § 291 BGB, wird dieser ungewünschten Praxis zukünftig der Boden entzogen. Für alle Anfechtungsgegner heißt dies zukünftig, dass ihre Forderungen erst mit der Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter (und nicht rückwirkend für ggf. mehrere Jahre) zu verzinsen sind. Eine sicherlich aus Sicht der Lieferanten als Anfechtungsgegner durchweg zu begrüßende Regelung.

6. Bisherige Diskussion und Ausblick

Der Referentenentwurf wird derzeit in der Fachliteratur und in der Wirtschaft vielfach diskutiert und war auch zuletzt Thema des Düsseldorfer Restrukturierungsforums am 14. April 2015. Hier wurde insbesondere die Erfor-

derlichkeit einer Reform des Insolvenzanfechtungsrechts erörtert. Daran kann vor dem Hintergrund jüngerer Entscheidungen durchaus gezweifelt werden. Ein kürzlich ergangener Beschluss des BGH (Beschluss vom 16. April 2015, Az. IX ZR 6/14) geht allerdings in eine gläubigerfreundliche Richtung. Der BGH hat entschieden, dass allein die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält, als solche kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners darstellt. Der Abschluss einer Ratenzahlung wird häufig als Indiz für eine Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz angesehen, so dass der Insolvenzverwalter die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO erfolgreich geltend machen kann. Die Zahlungen im Rahmen der Ratenzahlungsvereinbarung müssen an die Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Dem aktuellen Beschluss zufolge soll das nicht gelten, wenn sich der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält. Auch wenn der Beschluss nur einen Einzelfall betrifft, lässt sich auf dieser Basis durchaus hinterfragen, ob eine neue gesetzliche Regelung erforderlich ist.

Als Antwort auf die eingangs gestellte Frage lässt sich festhalten, dass eine größere Rechtssicherheit für die Lieferanten von krisenbefangenen und ggf. später insolventen Kunden bei Umsetzung des Referentenentwurfs zu erwarten ist. Die weitere Diskussion in Wissenschaft und Politik lässt aber schon nach den ersten Einschätzungen Änderungen im Gesetzgebungsverfahren erwarten. Es bleibt daher mit Spannung abzuwarten, wie groß die durch die Gesetzesreform gewonnene Rechtssicherheit für die Lieferanten tatsächlich sein wird. Wir hoffen, Sie in einer der nächsten Ausgaben über eine endgültige und hoffentlich lieferantenfreundliche Gesetzesfassung informieren zu können.

Zur sekundären Beweislast bei Verletzung eines Schutzgesetzes

Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen muss in einem Zivilprozess jeweils derjenige die Tatsachen darlegen und im Bestreitensfall beweisen, die für ihn günstig sind (sog. „Günstigkeitsprinzip“). In bestimmten Situationen verfügt der Beweisverpflichtete aber gar nicht über alle erforderlichen Informationen, um diesen Beweis führen zu können und ein „bloßes“ Bestreiten der Gegenseite führt dazu, dass der Beweis nicht als erbracht gilt. In solchen Fällen kann jedoch eine „sekundäre Darlegungspflicht“ bestehen, die von der Gegenseite eine substantielle (Gegen-)Darlegung erfordert. Im vorliegenden Fall hatte der BGH erneut zu entscheiden, ob die sekundäre Darlegungspflicht auch dann eingreifen kann, wenn sich die Gegenpartei damit unter Umständen strafrechtlich selbst belastet.

Sachverhalt

Die Beklagten, die beiden Geschäftsführer der N-GmbH, verwalteten von 1997 bis 2006 Grundstücke der Klägerin. Die N-GmbH überwies auf Veranlassung der beiden beklagten Geschäftsführer in den Jahren 2003 bis 2006 von den für die Klägerin geführten Konten insgesamt einen Betrag von rund EUR 300.000 an Dritte und unterließ es darüber hinaus, eingegangene Mieteinnahmen aus der Verwaltung der Grundstücke i.H.v. EUR 53.855 an die Klägerin abzuführen. In zwei vorangegangenen Verfahren machte die N-GmbH gegenüber der Klägerin bereits erfolglos Ersatz der von ihr im Rahmen der Grundstücksverwaltung getätigten Aufwendungen geltend.

Im Rahmen des streitgegenständlichen Verfahrens machte die Klägerin nunmehr geltend, dass es sich bei den von der N-GmbH überwiesenen Geldern bzw. bei den von ihr einbehaltenen Geldbeträgen um rechtswidrige Entnahmen bzw. Verrechnungen handele. Aufgrund dessen begehrte die Klägerin Schadensersatz in Höhe dieser Beträge aus der Verletzung einer strafrechtlichen Norm gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB.

In den Vorinstanzen blieb die Klägerin mit ihrem Begehren erfolglos (KG Berlin, Urteil vom 19. Juni 2013 –26 U 180/11), da insbesondere die Berufungsinstanz die Ansicht vertrat, dass die Beklagten bei deliktischen Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung einer Strafnorm keine sekundäre Darlegungspflicht aus zivilprozessualen Gründen treffe.

Entscheidung

Mit dem vorliegenden Urteil hob der BGH das Berufungsurteil der Vorinstanz als rechtsfehlerhaft auf und wies es zur erneuten Entscheidung an das KG zurück. In der Urteilsbegründung führte der BGH aus, dass das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen habe, dass die Beklagten keine sekundäre Darlegungspflicht bezüglich der die Entnahmen bzw. Einbehalte vom Konto rechtfertigenden Umstände treffe, da es sich um eine strafrechtliche Norm handele. Im Kern, so der BGH, habe das Berufungsgericht somit rechtsfehlerhaft einen Anspruch der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 Abs. 1 StGB verneint.

In der Urteilsbegründung führte der BGH aus, es sei grundsätzlich Aufgabe derjenigen Partei, die sich auf die deliktische Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes berufe, alle tatbestandsbegründenden Merkmale darzulegen und insbesondere auch zu beweisen (vgl. grundlegend BGH, NJW 1987, 2008 ff.). In bestimmten Ausnahmekonstellationen ergebe sich jedoch aus der zivilprozessualen Norm des § 138 Abs. 2 ZPO für die Gegenpartei die Pflicht, sich zu Behauptungen der beweisbelasteten Partei substantiiert einzulassen. Der BGH spricht insofern von sekundärer Darlegungslast, die wiederum voraussetzt, dass die nähere Darlegung der beweisbelasteten Partei nicht möglich bzw. unzumutbar sei, während die Gegenseite alle wesentlichen Tatumstände kenne und es ihr insbesondere auch zumutbar sei, diesbezüglich nähere inhaltliche Angaben zu machen. In früheren Judikaten hatte der BGH bereits entschieden, dass die Grundsätze der sekundären Beweislast, insbesondere auch bei Schadensersatzansprüchen, greifen, die auf der Grundlage veruntreuter Gelder basieren. Der BGH bekräftigte, dass es in diesem Zusammenhang bedeutungslos sei, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Schutzgesetz um eine Strafnorm handele (vgl. dazu bereits BGH, NJW 1999, 714 ff.; BeckRS 1998, 30034945).

Um entscheiden zu können, ob die Beklagten die ausgeführten Überweisungen bzw. die Verrechnungen für die N-GmbH zu Lasten des Kontos der Klägerin rechtmäßig vornehmen konnte, seien, so der BGH weiter, Umstände zu berücksichtigen, die sich aus der Wahrnehmung der beklagten Partei ergeben hätten. Aus diesem Grunde sei es nicht per se auszuschließen, dass die Voraussetzungen der sekundären Darlegungslast vorlagen. Darüber hinaus sei vom Berufungsgericht zu prüfen, ob der primär darlegungsbelasteten Partei im Rahmen der ihr obliegenden Pflicht weitere Ausführungen tatsächlich unmöglich bzw. unzumutbar waren.



Marc Oliver Becker
Master 2 en droit
Rechtsanwalt, Associate
Service Line Corporate/M&A
Tel: + 49 (0)89 29036 8901
marbecker@deloitte.de

Praxishinweis

Der BGH bekräftigt mit dem vorliegenden Urteil seine Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast bei Verletzung von strafrechtlichen Schutzgesetzen. Demnach gibt es, freilich unter Berücksichtigung des rechtsstaatlichen Prinzips, dass niemand verpflichtet ist, sich strafrechtlich selbst zu belasten bzw. anzuklagen (*nemo tenetur se ipsum accusare*), einem grundrechtsgleichen Recht mit Verfassungsrang, im Zivilprozess grundsätzlich keine Unterscheidung zwischen vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen. Es bleibt folglich bei dem Grundsatz, wonach es weiterhin der primär darlegungsbelasteten Partei obliegt, die für sie günstigen und demnach anspruchsbegründenden Merkmale im Prozess vorzutragen. Die Grundsätze der sog. sekundären Darlegungslast kommen erst dann zum Tragen, wenn es sich um Sachverhalte handelt, die nur dem Wahrnehmungsbereich der Gegenseite entspringen und somit außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs stehen. Die ergänzenden Aussagen der Gegenseite müssen dieser jedoch immer möglich und zumutbar sein. Die Aufgabe des Instituts der sekundären Darlegungslast liegt darin, das vom Beweislasttragenden Vorgebrachte durch Einzelheiten zu ergänzen. Dies führt jedoch weder zu einer Umkehr der Darlegungslast, noch zu einer Verpflichtung, die über die prozessuale Erklärungspflicht hinausgeht.

BNetzA-Festlegung: Die neuen Standard-Netznutzungsverträge in der Stromwirtschaft – eine Analyse

Nach einer sehr kontrovers geführten Konsultation hat die Bundesnetzagentur („BNetzA“) am 16. April 2015 erstmalig auch im Bereich der Stromwirtschaft Standardverträge für die Netznutzung, d.h. für die Durchleitung von Strom zu Entnahmestellen per Festlegung beschlossen. Diese Musterverträge sind von jedem Betreiber eines Elektrizitätsnetzes in Deutschland ab dem 1. Januar 2016 anzuwenden. Die einheitlichen Vertragsstandards schaffen Transparenz und Rechtssicherheit für Lieferanten und Letztverbraucher, die nun nicht mehr einer Vielzahl unterschiedlicher Geschäftsbedingungen für den Netzzugang ausgesetzt sind. Umgekehrt bieten die Musterverträge den Netzbetreibern – einschließlich Übertragungsnetzbetreibern – die Sicherheit, vollumfänglich regulatorisch zulässige Geschäftsbedingungen zu verwenden.

Im Folgenden werden wir kurz die wesentlichen Bestandteile des neuen Netznutzungsvertrags („NNV“) darstellen und auf interessante Neuerungen eingehen.

Rechtsnatur, Inhalt und Umfang der Musterverträge

Der von der BNetzA festgelegte NNV kann als ein „reiner“ Netznutzungsvertrag oder als sog. Lieferantenrahmenvertrag ausgestaltet werden. Die erste Variante (reiner Netznutzungsvertrag) eignet sich für Letztverbraucher, die ihre Strombelieferung netzseitig selbst kontrahieren. Der Lieferantenrahmenvertrag wird dagegen von Lieferanten abgeschlossen, die mehrere Letztverbraucher über das Netz des Netzbetreibers beliefern. In beiden Fällen regelt der Vertrag im Wesentlichen die Rechte und Pflichten der Netzbetreiber und der Netzkunden (Lieferanten und/oder Letztverbraucher) im Hinblick auf die Nutzung der Elektrizitätsversorgungsnetze. Der Vertrag enthält Bestimmungen u. a. zu den grundsätzlichen Voraussetzungen für die Nutzung des Netzes (z. B. die Bedingung, dass sämtliche Entnahmestellen einem bestimmten Bilanzkreis zugeordnet werden), zu Messung, Entgelten, Abrechnung, und Zahlungen sowie Regelungen zum Ausgleich von Mehr-/Minderungen und zu Leistungsstörungen. Darüber hinaus sind vor dem Hintergrund der Insolvenzen von TelDaFax und Flexstrom besondere Regelungen zur Kündigung und Vorauszahlung aufgenommen worden.

Des Weiteren ist vorgesehen, dass es zukünftig ein elektronisches Netzentgeltpreisblatt geben soll, wozu die Netzbetreiber bis zum 1. August 2015 eine Prozessbeschreibung der Bundesnetzagentur vorlegen sollen.

Da die Geschäftsbedingungen des Mustervertrags im Rahmen einer Festlegung der Bundesnetzagentur – eine sog. Allgemeinverfügung im Sinne des VwVfG – getroffen worden sind, unterliegen diese Geschäftsbedingungen nur sehr eingeschränkt der Kontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 ff. BGB. In regulatorischer Hinsicht sind die Netzbetreiber daran gehindert, von diesen Geschäftsbedingungen abzuweichen. Eine Abweichung kann grundsätzlich als Diskriminierung beim Netzzugang gewertet werden.

Änderung der geltenden Netznutzungsverträge zum 1. Januar 2016

Die Netzbetreiber sind verpflichtet, die geltenden Netznutzungsverträge anzupassen. Dies ist grundsätzlich in der Form vorzunehmen, wie es in den aktuellen Netznutzungsverträgen geregelt ist. Es besteht auch die Möglichkeit, die Netznutzungsverträge mit den Netzkunden zum 31. Dezember 2015 zu kündigen und gleichzeitig den Abschluss eines neuen Netznutzungsvertrages, der den Vorgaben der Festlegung entspricht, abzuschließen.

Abweichung vom Muster-Netznutzungsvertrag nur in Ausnahmefällen möglich

Gemäß § 1 Abs. 2 NNV sind die Vertragsbedingungen des NNV grundsätzlich abschließend. Die Vertragsparteien können jedoch ergänzende oder abweichende Regelungen treffen. Der Netzbetreiber muss diese abweichenden Regelungen aber jedem Netznutzer diskriminierungsfrei anbieten und sie im Internet veröffentlichten. Im Übrigen dürfen Ergänzungen oder abweichende Bedingungen nicht zur Voraussetzung für den Abschluss des Netznutzungsvertrages gemacht werden. Der Spielraum der Netzbetreiber für Abweichungen vom Standard-NNV ist insofern relativ begrenzt.

Weitere Besonderheiten des NNV

- Gemäß § 6 Abs. 7 NNV sind ab dem 1. Januar 2016 Umspannverluste durch einen angemessenen Korrekturfaktor bei den Messwerten zu berücksichtigen. Insofern werden diese Korrekturfaktoren nunmehr bilanziell wirksam – bisher erfolgte nur eine rein finanzielle Berücksichtigung.
- Gemäß § 8 Abs. 6 NNV ist bei einem unterjährigen Wechsel des Anschlussnutzers für die Entgeltberechnung nur die bis zum Zeitpunkt des Wechsels erreichte Höchstleistung maßgeblich. Erreicht der neue Anschlussnutzer nach dem Wechsel eine höhere Höchstlast, so bleibt dies für die Abrechnung gegenüber dem vorherigen Lieferanten/Anschlussnutzer



Dr. Florian-Alexander Wesche
Rechtsanwalt, Partner
Service Line Energy Law
Tel: + 49 (0)211 8772 4068
fwesche@deloitte.de



Dr. Tobias Woltering
Rechtsanwalt, Senior Associate
Service Line Energy Law
Tel: + 49 (0)211 8772 4110
twoltering@deloitte.de

- unberücksichtigt. Gleiches gilt bei einer unterjährigen Inbetriebnahme oder Stilllegung einer Entnahmestelle.
- Gemäß § 9 Abs. 3 NNV sind für die Abrechnung der Mehr-/Minderungen ab dem 1. April 2016 die von den Verbänden erarbeiteten „Prozesse zur Ermittlung und Abrechnung von Mehr-/Minderungen Strom und Gas“ vom 14. Oktober 2014 maßgeblich.
 - Gemäß § 10 Abs. 6 NNV ist bei einem Lieferantenrahmenvertrag die Unterbrechung der Netz- und Anschlussnutzung auf Anweisung des Lieferanten spätestens innerhalb von sechs Werktagen durch den Netzbetreiber vorzunehmen.

Insolvenzrechtlich bedeutsame Änderungen der Abrechnungs- und Zahlungsmodalitäten

Aufgrund der Vielzahl der Anfechtungsprozesse im Rahmen des Insolvenzverfahrens über die TelDaFax-Gruppe sowie die Flexstrom-Gruppe gab es in der Vergangenheit viele Diskussionen um insolvenzfesten Abrechnungs-, Zahlungs- und Sicherheitenklauseln. Flankiert wird dies zurzeit mit einem Vorstoß, das Insolvenzrecht an die Besonderheiten der Energiewirtschaft anzupassen.

Die Netzbetreiber hatten im Vorfeld der Festlegung des NNV gefordert, hinsichtlich der Netzentgelte eine höchstpersönliche Schuld des Netzkunden festzuschreiben. Diese Forderung ist auf eine Reihe von Anfechtungsprozessen zurückzuführen, die im Fall der TelDaFax-Gruppe geführt werden und eine sog. Schenkungsanfechtung zur Grundlage haben. Die Netznutzung wurde innerhalb der TelDaFax-Gruppe von einem TelDaFax-Unternehmen in Anspruch genommen und von einem anderen gezahlt.

Der NNV berücksichtigt diese Forderung in § 8 Abs. 16 NNV nur zum Teil. Die Klausel sieht vor, dass die Netzbetreiber berechtigt sein sollen, Zahlungen Dritter abzulehnen. Insofern sind hier die Netzbetreiber gefragt, im Einzelfall zu prüfen, ob sie die Leistung eines Dritten ablehnen oder nicht.

Im Übrigen hat die BNetzA darauf verzichtet, Sicherheitenregelungen – wie sie etwa in der Kooperationsvereinbarung Gas zu finden sind – in den NNV aufzunehmen. Sie beschränkt sich darauf, in § 11 NNV die Voraussetzungen und Modalitäten der Vorauszahlung ausführlich zu regeln. Im Wesentlichen geht es darum, in begründeten Fällen die Vorauszahlungen als eine Form der Sicherheit „insolvenzfest“ zu machen, indem der Austausch der Leistung als sogenanntes Bargeschäft ausgestaltet wird. Es bleibt abzuwarten, ob diese Regelungen auch in der Praxis tauglich sind und dem Insolvenzrecht standhalten.

Fazit

Die BNetzA legt erstmalig einen Standardvertrag für die Netznutzung vollumfänglich fest. Dies hat den Vorteil für die Marktteilnehmer, dass sie bundesweit mit einem einzigen Vertragsstandard arbeiten können. Die Regelungen des Vertrags dürften im Grundsatz für alle Marktbeteiligten akzeptabel sein. Dennoch ist es zu erwarten, dass einzelne Regelungen (bzw. deren Auslegung) Gegenstand von Streitigkeiten sein werden. Marktteilnehmer, die nicht an dem Festlegungsverfahren beteiligt waren, haben zudem die Möglichkeit, den Mustervertrag bzw. einzelne Bestimmungen innerhalb eines Jahres nach Veröffentlichung des Beschlusses der BNetzA gerichtlich anzugreifen.

Zur Sozialauswahl bei betriebsbedingter Änderungskündigung

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat jetzt entschieden, dass im Rahmen der Sozialauswahl eine um drei Jahre längere Betriebszugehörigkeit nicht geeignet ist, drei Unterhaltspflichten aufzuwiegen, wenn der Unterhaltsverpflichtete seinerseits eine Betriebszugehörigkeit von immerhin sechs Jahren aufzuweisen hat (BAG, Urteil vom 29. Januar 2015 – 2 AZR 164/14).

I. Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung.

Der 1972 geborene, verheiratete und zwei minderjährigen Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist seit Oktober 2006 mit einer Wochenarbeitszeit von 38,75 Stunden bei der Beklagten, einem Softwareunternehmen, tätig. Sein Bruttomonatsgehalt betrug zuletzt EUR 3.287,08.

Mit Schreiben vom 5. November 2012 kündigte die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis zum 28. Februar 2013. Zugleich bot sie dem Kläger ab dem 1. März 2013 eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einer Arbeitszeit von zehn Wochenstunden und einer Bruttomonatsvergütung von EUR 848,28 an.

Der Kläger lehnte das Änderungsangebot ab und erhob fristgerecht Kündigungsschutzklage. Dabei vertrat der Kläger die Ansicht, dass die Kündigung sozial nicht gerechtfertigt sei, da der Beklagte bei der Sozialauswahl die gesetzlichen Kriterien nicht ausreichend berücksichtigt habe. Der Kläger machte insbesondere geltend, dass er gegenüber der seit Oktober 2003 ebenfalls bei der Beklagten beschäftigten, 1970 geborenen, ledigen und kinderlosen Arbeitnehmerin K sozial schutzwürdiger sei.

Nachdem sämtliche Vorinstanzen der Klage stattgegeben haben, legte die Beklagte Revision zum BAG ein.

II. Entscheidung

Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg. Das BAG bestätigte die Unwirksamkeit der Änderungskündigung.

Die Vorinstanzen hätten zutreffend angenommen, dass die Beklagte bei der Auswahl des Klägers soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt habe.

Nach § 2 Satz 1 in Verbindung mit § 1 Absatz 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) sei eine Änderungskündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei

der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, bestehende Unterhaltspflichten und eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt habe.

Dem Gesetzeswortlaut sei nicht zu entnehmen, wie die genannten sozialen Gesichtspunkte zueinander ins Verhältnis zu setzen sind. Keinem Kriterium komme eine Priorität gegenüber den anderen zu. Vielmehr seien stets die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmern und deren „Sozialdaten“ zu berücksichtigen und abzuwägen.

Die Auffassung der Beklagten, die prinzipielle Gleichrangigkeit der Sozialdaten gebiete, dass es nur darauf ankomme, wie viele der vier Kriterien zugunsten des einen und wie viele zugunsten des anderen Arbeitnehmers ausschlugen, ohne dass das Maß des jeweiligen Unterschieds von Bedeutung wäre, wies das BAG zurück.

Die Gleichrangigkeit der Auswahlkriterien verlange vielmehr, die konkreten Daten der betroffenen Arbeitnehmer in ein Verhältnis zueinander zu setzen. Hierbei falle ein Kriterium umso stärker ins Gewicht, je größer der durch dieses Kriterium aufgezeigte Unterschied zugunsten eines Arbeitnehmers ausfalle.

Das BAG kam zu dem Entschluss, dass der Kläger gegenüber der 1970 geborenen, seit Oktober 2003 bei der Beklagten beschäftigten, ledigen und kinderlosen Arbeitnehmerin K sozial deutlich schutzbedürftiger sei.

Wie das BAG weiter ausführt, sei der zwischen K und dem Kläger bestehende Altersunterschied von etwa anderthalb Jahren als geringfügig zu betrachten. Beide Arbeitnehmer hätten sich im Kündigungszeitpunkt in einem Alter befunden, in dem von ähnlich guten Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt auszugehen gewesen sei.

Auch im individuellen Vergleich der jeweiligen Beschäftigungsdauer ließe sich angesichts der Beschäftigungsdauer des Klägers von immerhin sechs Jahren nicht sagen, dass die vergleichbare Arbeitnehmerin K mit einer Beschäftigungszeit von neun Jahren von der Änderung der Arbeitsbedingungen erheblich härter getroffen worden wäre.

Wegen der annähernden Gleichrangigkeit der Sozialkriterien – Lebensalter und Betriebszugehörigkeit – liege schließlich jedoch angesichts des erheblichen Unterschieds bei den Unterhaltspflichten ein Auswahlfehler bei der Beklagten vor.



Samir Moalem

Rechtsanwalt, Associate
Service Line Employment Law
Tel: + 49 (0)69 7191884 14
smoalem@deloitte.de

III. Hinweis für die Praxis

Mit seiner Entscheidung hat das BAG seine bisherige Linie zur Bewertung der gesetzlichen Sozialauswahlkriterien des § 1 Absatz 3 KSchG weiter verfolgt.

Im Rahmen der Sozialauswahl kommt es wegen der Gleichrangigkeit der Auswahlkriterien gerade auf die Gewichtung der Kriterien im Verhältnis zu den vergleichbaren Arbeitnehmern an.

Um hierbei eine fehlerhafte Bewertungen bzw. ein Überschreiten des bestehenden Wertungsspielraums zu vermeiden, empfiehlt es sich, bei der Sozialauswahl auf gängige, durch das BAG bereits gebilligte Punkteschemata zurückzugreifen.



Ihre Ansprechpartner

Berlin

Neues Kranzler Eck
Kurfürstendamm 23
10719 Berlin
Tel: +49 (0)30 25468 04
Fax: +49 (0)30 25468 136

Torsten Bloch

RA/Notar, Partner
tbloch@deloitte.de

Hamburg

Dammtorstraße 12
20354 Hamburg
Tel: +49 (0)40 378538 0
Fax: +49 (0)40 378538 11

Dr. Matthias Mielke

RA, Partner
mmielke@deloitte.de

Stuttgart

Löffelstraße 42
70597 Stuttgart
Tel: +49 (0)711 66962 0
Fax: +49 (0)711 66962 62

Dr. Peter Maser

RA, Partner
pmaser@deloitte.de

Verantwortlicher Redakteur

Andreas Jentgens

RA, Partner
ajentgens@deloitte.de

Düsseldorf

Schwannstraße 6
40476 Düsseldorf
Tel: +49 (0)211 8772 04
Fax: +49 (0)211 8772 2537

Klaus Heeke

RA, Partner
kheeke@deloitte.de

Hannover

Georgstraße 52
30159 Hannover
Tel: +49 (0)511 307559 3
Fax: +49 (0)511 307559 50

Dr. Harald Stang

RA/StB, Partner
hstang@deloitte.de

Frankfurt am Main

Franklinstraße 48
60486 Frankfurt am Main
Tel: +49 (0)69 7191884 0
Fax: +49 (0)69 7191884 4

Dr. Sabine Pittrof, LL.B. (Univ. N.S.W.)

RAin, Partnerin
spittrof@deloitte.de

München

Rosenheimer Platz 6
81669 München
Tel: +49 (0)89 29036 8901
Fax: +49 (0)89 29036 8911

Thomas Northhoff

RA, Partner
tnorthhoff@deloitte.de

Dr. Michael Fischer

RA, Partner
mifischer@deloitte.de

Für mehr Informationen besuchen Sie unsere Webseite auf www.deloittelegal.de

Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH („Deloitte Legal“) als verantwortliche Stelle i.S.d. BDSG ist die Rechtsberatungspraxis der Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft („Deloitte“). Deloitte Legal und, soweit gesetzlich zulässig, Deloitte und die mit ihr verbundenen Unternehmen nutzen Ihre Daten im Rahmen individueller Vertragsbeziehungen sowie für eigene Marketingzwecke. Sie können der Verwendung Ihrer Daten für Marketingzwecke jederzeit durch entsprechende Mitteilung an Deloitte, Business Development, Kurfürstendamm 23, 10719 Berlin, oder kontakt@deloitte.de widersprechen, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Diese Veröffentlichung enthält ausschließlich allgemeine Informationen und weder die Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH noch Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), noch eines der Mitgliedsunternehmen von DTTL oder ihre verbundenen Unternehmen (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Veröffentlichung professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen. Bevor Sie eine Entscheidung treffen oder Handlung vornehmen, die Auswirkungen auf Ihre Finanzen oder Ihre geschäftlichen Aktivitäten haben könnte, sollten Sie einen qualifizierten Berater aufsuchen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die irgendetwas im Vertrauen auf diese Veröffentlichung erlitten hat.

Deloitte erbringt Dienstleistungen aus den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Consulting und Corporate Finance für Unternehmen und Institutionen aus allen Wirtschaftszweigen; Rechtsberatung wird in Deutschland von Deloitte Legal erbracht. Mit einem weltweiten Netzwerk von Mitgliedsgesellschaften in mehr als 150 Ländern und Gebieten verbindet Deloitte herausragende Kompetenz mit erstklassigen Leistungen und steht Kunden so bei der Bewältigung ihrer komplexen unternehmerischen Herausforderungen zur Seite. Making an impact that matters – für mehr als 210.000 Mitarbeiter von Deloitte ist dies gemeinsame Vision und individueller Anspruch zugleich.

Deloitte Legal bezieht sich auf die Rechtsberatungspraxen der Mitgliedsunternehmen von Deloitte Touche Tohmatsu Limited, deren verbundene Unternehmen oder Partnerfirmen, die Rechtsdienstleistungen erbringen. Deloitte Tax bezieht sich auf die Steuerberatungspraxen der Mitgliedsunternehmen von Deloitte Touche Tohmatsu Limited oder die mit ihr verbundenen Unternehmen.

Deloitte bezieht sich auf Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), eine „private company limited by guarantee“ (Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht), ihr Netzwerk von Mitgliedsunternehmen und ihre verbundenen Unternehmen. DTTL und jedes ihrer Mitgliedsunternehmen sind rechtlich selbstständig und unabhängig. DTTL (auch „Deloitte Global“ genannt) erbringt selbst keine Leistungen gegenüber Mandanten. Eine detailliertere Beschreibung von DTTL und ihren Mitgliedsunternehmen finden Sie auf www.deloitte.com/de/ueberUns.