



ES GIBT MENSCHEN, DIE GLAUBEN, DINGE NEU ZU DURCHDENKEN FÜHRT ZUM ERFOLG.  
WIR ZUM BEISPIEL.

## Liebe Mandantinnen und Mandanten, liebe Geschäftsfreunde,

der Gesetzgeber war durch die vorgezogenen Bundestagswahlen und die nachfolgenden Koalitionsverhandlungen mehrere Monaten in vielen Bereichen – von der Steuergesetzgebung wieder einmal abgesehen – in eine spürbare Agonie verfallen. Dennoch hat sich doch seit unserem letzten Newsletter einiges getan, das wir für berichtenswert halten. Einige bereits bekannte Gesetzesentwürfe haben ein neues Gesicht bekommen, andere konkrete Gestalt angenommen und weitere sind neu hinzugekommen.

In diesem zweiten SIBETH – Newsletter finden Sie auf den folgenden Seiten wieder Beiträge unserer Practice-Groups über Gesetzesänderungen und Urteile, von denen wir meinen, dass Sie von allgemeinem Interesse sein könnten. An dieser Stelle dürfen wir uns auch für die freundliche Annahme unserer Newsletter-Idee bei Ihnen bedanken.

Am Ende unseres Newsletters möchten wir auf einige erfreuliche Entwicklungen bei SIBETH, wie die Aufnahme eines neuen Partners, die räumliche Erweiterung an beiden SIBETH-Standorten sowie zwei interessante Veranstaltungen hinweisen.

Auch für diesen Newsletter gilt natürlich wieder, dass wir für Ihr Feedback, insbesondere über Kritik und Anregungen, stets dankbar sind.

Wenn Sie unseren Newsletter zukünftig lieber elektronisch als pdf, nicht mehr oder in mehreren Exemplaren erhalten möchten, freuen wir uns über eine kurze Nachricht an [newsletter@sibeth.com](mailto:newsletter@sibeth.com).

Und nun wieder... spannende Lektüre und viel Spaß!

### INHALT

- Corporate & Finance
- Real Estate
- Tax
- Public Sector
- Commercial
- SIBETH Aktuell

*Um Großes zu realisieren,  
ist es oftmals notwendig,  
das Udenkbare zu  
denken.*

*Für uns heißt das: Um ein  
Ziel zu erreichen, kann es  
oftmals notwendig sein,  
ausgetretene Denkpfade  
zu verlassen, um neue  
Wege zu gehen, abzuwä-  
gen und entsprechend zu  
nutzen.*



## CORPORATE AND FINANCE

### Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz in Kraft

Am 01. November 2005 ist das vom Deutschen Bundestag im Rahmen des 10-Punkte-Programms der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes verabschiedete Gesetz über Kapitalanleger-Musterverfahren (KapMuG) in Kraft getreten. Das KapMuG ermöglicht geschädigten Kapitalanlegern eine verbesserte Durchsetzung möglicher Schadensersatzansprüche und eine Reduzierung des Prozesskostenrisikos für den einzelnen Anleger. Ein Musterverfahren zur verbindlichen Klärung der erforderlichen Sach- und Rechtsfragen für alle geschädigten Anleger eines Unternehmens kann danach bereits durchgeführt werden, wenn mindestens zehn Anleger Schadensersatzansprüche gegen ein Unternehmen gerichtlich geltend machen.

Einzelne Kapitalanleger, die die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen erwägen, können sich im neu geschaffenen Klageregister im Internet unter [www.ebundesanzeiger.de](http://www.ebundesanzeiger.de) darüber informieren, ob bereits ein entsprechendes Musterverfahren anhängig ist.

### Wirtschaftsinformationen aus einer Hand: Das elektronische Unternehmensregister kommt

Das Bundeskabinett hat den Entwurf eines Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) beschlossen. Ab dem 1. Januar 2007 können unter der Internet-Adresse [www.unternehmensregister.de](http://www.unternehmensregister.de) wesentliche publikationspflichtige Daten eines Unternehmens online abgerufen werden. Ob das Gesetz tatsächlich „ganz erheblich dazu beitragen wird, den Wirtschaftsstandort Deutschland zu stärken“ (so Bundesjustizministerin Brigitte Zypries) wird sich weisen. Eine begrüßenswerte Erleichterung sowohl für die Publikationspflichtigen als auch für die Informationssuchenden ist aber allemal zu erwarten.

Die Amtsgerichte bleiben zwar weiter zuständig für die Führung der (elektronischen) Handelsregister. Die Unterlagen werden aber in Zukunft grundsätzlich nur noch elektronisch eingereicht. Für Anmeldungen zur Eintragung bleibt aus Gründen der Rechtssicherheit weiter eine öffentliche Beglaubigung erforderlich. Um auch hier die elektronische Einreichung zu ermöglichen, wird die Möglichkeit einer elektronischen Beglaubigung eingeführt. Um den Eintragungsprozess zu beschleunigen, sieht der Entwurf vor, dass über Anmeldungen zur Eintragung „unverzüglich“ zu entscheiden ist. Für die Veröffentlichung der Jahresabschlüsse sollen in Zukunft zur Entlastung der Amtsgerichte nicht mehr die Amtsgerichte, sondern der elektronische Bundesanzeiger zuständig sein.

Neben den **geplanten elektronischen Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregistern** sieht der Gesetzentwurf die Schaffung eines zentralen Unternehmensregisters vor, über das die wichtigsten veröffentlichungspflichtigen Unter-

nehmensdaten zentral elektronisch abgerufen werden können.

Mit dem Gesetzesvorhaben werden die Richtlinie 2003/58/EG zur Änderung der 1. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, Teile der EU-Transparenzrichtlinie 2004/109/EG sowie Beschlüsse der Regierungskommission Corporate Governance umgesetzt.

Bereits heute können jedoch elektronisch aktuelle Auskünfte direkt aus vielen Handelsregistern (z.B. in Bayern und Nordrhein-Westfalen) via Internet abgerufen werden. Wir nutzen diesen Service bereits seit geraumer Zeit.

### Wie Du mir, so ich Dir ...

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 21. November 2005 eine grundlegende Entscheidung zur wechselseitigen Hinauskündigung bei einer Gesellschaft mit zwei Gesellschaftern getroffen.

Zwischen den Parteien herrschte Streit darüber, wer von Ihnen aufgrund wechselseitig erklärter fristloser Kündigungen aus der gemeinsamen Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschieden sei. Die Parteien nutzten gemeinsam ein Grundstück, die eine für ihren Gewerbebetrieb, die andere wollte ein Wohnhaus errichten. Bei der Errichtung des Wohnhauses ergaben sich Verzögerungen, so dass die erteilte Baugenehmigung zwischenzeitlich abgelaufen war. Die andere Partei brachte dies der zuständigen Bauaufsichtsbehörde zur Kenntnis, die daraufhin die Baueinstellung gebot. Die mit der Frage der Wirksamkeit der Baugenehmigung befassten Verwaltungsgerichte stellten zwischenzeitlich rechtskräftig fest, dass die Baugenehmigung endgültig erloschen war. Die betroffene Partei wertete die Anzeige bei der Bauaufsichtsbehörde dennoch als pflichtwidriges Verhalten und kündigte den Gesellschaftsvertrag aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung. Die andere Partei wehrte sich dagegen mit dem Argument, dass die Anzeige materiellrechtlich rechtmäßig erfolgte, da die Baugenehmigung zwischenzeitlich endgültig erloschen sei und sprach selbst die außerordentliche fristlose Kündigung aus mit der Begründung, dass der Versuch (der betroffenen Partei), eine fristlose außerordentliche Kündigung auszusprechen, obwohl kein wichtiger Grund vorhanden war, für sie einen wichtigen Grund für die Kündigung darstelle.

Die Instanzengerichte waren dieser Auffassung gefolgt und hielten die erste ausgesprochene Kündigung wegen des zwischenzeitlich rechtskräftigen Urteils der Verwaltungsgerichte für unwirksam und entsprechend die zweite Kündigung für wirksam. Dem hat der BGH widersprochen. Vor dem Hintergrund der zwischen Gesellschaftern bestehenden besonderen Treupflichten, sei die Anzeige bei der Bauaufsichtsbehörde auch durch die Rechtmäßigkeit des von ihr gegen ihren Mitgesellschafter initiierten Verwaltungshandelns (d. h. der Baueinstellung) nicht gerechtfertigt. Es habe für sie kein zwingender Grund bestanden, den baurechtswidrigen Zustand bei der zuständigen Behörde anzuzeigen. Selbst wenn jedoch, so der BGH weiter,



die Anzeige nicht als so schwerwiegendes Verhalten gewertet werden könne, das einen Ausschluss der anzeigenden Partei aus der Gesellschaft rechtfertigen würde, würde dies nicht automatisch die erfolgte Gegenkündigung rechtfertigen. Auch in denjenigen Fällen, in denen eine Partei versucht, eine außerordentliche, fristlose Kündigung auszusprechen, obwohl im Ergebnis ein ausreichender Kündigungsgrund nicht vorliegt, rechtfertigt dies nicht immer eine außerordentliche, fristlose (Gegen-)Kündigung. Vielmehr ist das Verhalten der die erste, wenn auch im Ergebnis unwirksame, Kündigung provozierende Partei mit zu berücksichtigen.

### „Squeeze out“ verfassungsgemäß

Der BGH hat in einem Beschluss vom 25. Juli 2005 die Auffassung vertreten, dass die Regelungen der §§ 327 a ff Aktiengesetz (AktG) verfassungsgemäß seien, insbesondere weil eine volle wirtschaftliche Entschädigung durch die gesetzlichen Regelungen sicher gestellt sei.

Zwischen den Parteien bestand in diesem Rechtsstreit zunächst Einigkeit darüber, dass das Verfahren des Hinausdrängens von Minderheitenaktionären („squeeze out“) im Verfahren gemäß § 327a ff. AktG nach den Grundsätzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. August 2000 verfassungsrechtlich auch unter dem Blickwinkel der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden sei, wenn die Aktionäre dafür „wirtschaftlich voll entschädigt“ würden. Mit anderen Worten: die hier klagende Partei hat in ihrer Revision zum BGH die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit des „squeeze out“-Verfahrens nicht in Frage gestellt, jedoch die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelungen im Rahmen des „squeeze out“-Verfahrens, die die Frage der wirtschaftlichen Entschädigung der hinaus gedrängten Aktionäre regelt.

Auch dies hat der BGH jedoch im Ergebnis verneint. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Angemessenheit der Abfindung durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer zu prüfen sei, die nicht von dem Hauptaktionär, sondern auf Antrag vom Gericht ausgewählt und bestellt werden, würde eine unabhängige Kontrolle der hinreichenden wirtschaftlichen Entschädigung garantieren. In diesem Zusammenhang hat der BGH einen Pauschalangriff der Kläger gegen den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer zurückgewiesen; auch soweit die Kläger auf die „in den letzten Jahren mit Wirtschaftsprüfern gemachten Erfahrungen“ verweisen, könne dies nicht dazu führen, einen ganzen Berufsstand in Misskredit zu bringen, der wie wohl kaum ein anderer über die hier erforderliche Sachkunde hinsichtlich der Unternehmensbewertung verfügt und zur Objektivität verpflichtet ist, so der BGH weiter.

Ergänzend hat der BGH aufgeführt, dass auch die Kläger keinen geeigneteren Berufsstand für die objektive Bestimmung der Angemessenheit einer Ausscheidungsvergütung benennen können und überdies durch das Spruchverfahren eine weitere gerichtliche Überprüfbarkeit der Angemessenheit

der Abfindungsvergütung gegeben sei. Schließlich hat der BGH auch den Angriff der Kläger zurückgewiesen, dass die durch das Gesetz als Sicherheit für die Abfindungsvergütung vorgesehene beizubringende Garantieerklärung eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts nicht hinreichend sei, da auch solche Kreditinstitute wirtschaftlich zusammenbrechen können. Ein solcher wirtschaftlicher Zusammenbruch könne auch bei anderen Schuldner der Abfindungsvergütung drohen. Der Gesetzgeber sei nicht gehalten, für alle theoretisch denkbaren Möglichkeiten Vorsorge zu treffen.

### Neues zum Cash-Pooling

Nach einem Urteil des Finanzgerichts (FG) Bremen vom 7. Juli 2005 bleiben die steuerlichen Pflichten eines Geschäftsführers einer am Cash-Pooling beteiligten GmbH in vollem Umfang bestehen.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die streitgegenständliche GmbH war 1994 auf Weisung ihrer Muttergesellschaft einem „physischen“ konzernweiten Cash-Pooling beigetreten, wonach sämtliche frei verfügbaren liquiden Mittel der GmbH arbeitstäglich auf das Zielkonto der kontoführenden Obergesellschaft abgeführt und angelegt wurden. Bei Finanzierungsbedarf wurde der entsprechende Betrag der GmbH wieder als konzerninterner „Kredit“ zur Verfügung gestellt bzw. entstandene Negativsalden ausgeglichen. Nachdem die kontoführende Obergesellschaft Insolvenz angemeldet hatte, nahm das Finanzamt den Geschäftsführer der zwischenzeitlich ebenfalls insolventen GmbH kraft Haftungsbescheid gemäß § 69 Abgabenordnung (AO) für nicht mehr abgeführte Lohnsteuern für Februar 1996 in Anspruch.

Das FG Bremen bestätigte den Anspruch des Finanzamts in jeder Hinsicht. Der Geschäftsführer einer am Cash-Management eines Unternehmensverbundes beteiligten GmbH hafte für nicht abgeführte Lohnsteuer, wenn der Geschäftsführer den beim Cash-Management verantwortlich handelnden Personen vertraglich den unbeschränkten Zugriff auf die gesamte Liquidität seiner GmbH eingeräumt hat und diese Personen grob fahrlässige Pflichtverletzungen begehen. Nach dem FG Bremen muss sich der Geschäftsführer diese Pflichtverletzungen als seine eigenen zurechnen lassen. Ist dem Geschäftsführer einer am Cash-Management eines Unternehmensverbundes beteiligten GmbH die ausübende Kontrolle über Zahlungsvorgänge nicht mehr möglich, ist ihm bei Aufrechterhaltung seiner Geschäftsführertätigkeit eine grob fahrlässige Pflichtverletzung anzulasten.

Die durch das FG Bremen ausgesprochene Haftung des Geschäftsführers ist im Ergebnis relativ weitgehend, führt man sich vor Augen, dass der Geschäftsführer aufgrund der automatischen Saldenkonzentration in Bezug auf die Liquidität der GmbH nie wirklich Verfügungsmacht erlangte. Diese Entscheidung stellt einmal mehr das „physische Cash-Pooling“ in Frage. Da nach bisher herrschender Meinung die



Regelungen der §§ 30, 31 GmbHG nicht im Vertragskonzern gelten, kann zu der Durchführung eines Cash-Pooling nur noch in Vertragskonzernen geraten werden. Allerdings ist auch hier Vorsicht geboten. Letztlich ist nicht vorhersehbar, wie sich die Rechtsprechung in diesem Bereich weiter entwickeln wird.

### **Beschränkte Unterbilanzhaftung bei vermögensloser Einpersonen-GmbH**

Nach einem BGH-Urteil vom 24. Oktober 2005 ist die nach Eintragung einer GmbH in das Handelsregister eingreifende Unterbilanzhaftung auch dann als reine Innenhaftung ausgestaltet, wenn die GmbH vermögenslos ist oder nur einen Gesellschafter hat.

Die Beklagte in diesem Verfahren errichtete durch notarielle Urkunde vom 16.3.2000 als Alleingesellschafterin ein in der Rechtsform einer GmbH geführtes Bauunternehmen. Nach Gründung, aber vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister, schloss die Beklagte im Namen der GmbH einen Generalunternehmervertrag über die Erstellung eines Mehrfamilienhauses. Die GmbH wurde am 13. Juni 2000 in das Handelsregister eingetragen. Das Bauwerk war mit verschiedenen Mängeln behaftet. Ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde durch Beschluss des zuständigen Amtsgerichts am 27. September 2002 mangels Masse abgelehnt. Die Beklagte wurde auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch genommen.

Der BGH macht in diesem Urteil grundlegende Ausführungen zu der Haftung eines Gesellschaftergeschäftsführers einer GmbH für Rechtsgeschäfte, die dieser zwischen Gründung und Eintragung der GmbH vorgenommen hat (sog. Unterbilanzhaftung). Grundsätzlich ist in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt, dass die Haftung von Gründern für Rechtshandlungen zwischen Gründung und Eintragung nach der Eintragung der GmbH in das Handelsregister auf die GmbH übergeht, da mit Eintragung nur noch die GmbH als Vermögensträger besteht (sog. Trennungsprinzip). Etwaige, aufgrund von Handlungen vor Eintragung der GmbH entstandene Verluste hat der Handelnde im Innerverhältnis auszugleichen. Der GmbH steht insoweit ein Ausgleichsanspruch zu (sog. Innenhaftungsprinzip). Dies führt dazu, dass Gläubiger in diesem Fall Schadensersatz nicht gegenüber dem Handelnden selbst, sondern nur gegenüber der GmbH geltend machen können. Von dieser kann er dann den Ausgleichsanspruch pfänden. Das vorangegangene OLG-Urteil sprach sich im vorliegenden Fall für die Begründung eines Ausnahmefalls einer Direkthaftung des Handelnden für den Fall einer vermögenslosen Einpersonengesellschaft aus. Anders als das OLG verneint der BGH jedoch einen direkten Anspruch gegen die Beklagte. Auch bei einer vermögenslosen Einpersonengesellschaft seien die Unterbilanzhaftung und das Trennungsprinzip voll anwendbar. Ein Gläubiger ist somit darauf verwiesen, im Wege der Forderungspfändung den Anspruch der GmbH gegen die Beklagte geltend zu machen.

## REAL ESTATE

### **Forderungssicherungsgesetz erneut auf den Weg gebracht**

Der Bundesrat hat am 21. Dezember 2005 erneut den Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen beim Deutschen Bundestag eingebracht, nachdem ein gleichlautender Entwurf aus der 15. Wahlperiode nicht mehr weiter behandelt wurde.

Ziel des Forderungssicherungsgesetzes ist es, die Zahlungsmoral durch zahlreiche Maßnahmen zu verbessern. So sollen die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmer Abschlagszahlungen verlangen kann, erleichtert und die Möglichkeiten, eine Bauhandwerkersicherung zu erhalten, deutlich erweitert werden. Schließlich will das Gesetz die Position des Gläubigers allgemein verbessern.

Der Gesetzentwurf wird nunmehr der Bundesregierung zugeleitet, die ihn innerhalb von sechs Wochen an den Deutschen Bundestag weiterleiten muss.

Im Bereich des Werkvertragsrechts soll es folgenden Änderungen geben:

- Der Unternehmer kann künftig vom Besteller Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung verlangen. Bisher können Abschlagszahlungen - wenn keine abweichenden Regelungen bestehen oder der Vertrag nicht der VOB/B unterfällt - nur für in sich abgeschlossene Leistungen verlangt werden. Nach der Neuregelung können Abschläge schon dann verlangt werden, wenn die Leistung teilweise erbracht, vertragsgemäß und nachvollziehbar abgerechnet worden ist. Es soll keine Beschränkung bei der möglichen Anzahl der Abschlagszahlungen geben. Bei Verbraucherverträgen muss eine Vertragserfüllungssicherheit von 5 % der Vergütung geleistet werden.
- Die sogenannte "Durchgriffsfälligkeit" wird weiter ausgebaut. Der Zahlungsanspruch des Subunternehmers/Handwerkers wird künftig auch dann fällig sein, wenn der Bauherr dessen Werkleistung gegenüber dem Generalunternehmer abgenommen hat. Bisher kann der Subunternehmer nach § 641 Abs. 2 BGB seinen Werklohn erst verlangen, wenn der Generalunternehmer Zahlungen vom Auftraggeber erhalten hat.
- Die Regelung über die Fertigstellungsbescheinigung nach § 641a BGB soll ersatzlos gestrichen werden, da sie sich nicht bewährt habe, so die amtliche Begründung.
- „Druckzuschlag“: Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, soll er in der Regel nur noch das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zurückbehalten können. Bisher war vorgesehen, dass er mindestens den dreifachen Betrag dieser Kosten zurückbehalten konnte.



- Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB soll erweitert werden. Sicherheit kann künftig vor und nach der Abnahme verlangt werden. Damit folgt die Novelle der Rechtsprechung des BGH. Sicherheit kann auch für Ansprüche verlangt werden, die an die Stelle des Vergütungsanspruches treten, z. B. Schadensersatz statt der Leistung. Das Sicherungsverlangen soll einfacher werden: Die Fristsetzung mit Androhung der Leistungsverweigerung entfällt künftig.
- Entschädigung im Falle der Kündigung: Kündigt der Unternehmer, weil der Besteller die Sicherheit nach § 648a BGB nicht stellt oder kündigt der Besteller, soll der Unternehmer die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen oder des anderweitig erzielten Erwerbs verlangen können. Es wird die gesetzliche Vermutung aufgestellt, dass die Entschädigung mindestens fünf Prozent der vereinbarten und noch nicht verdienten Vergütung beträgt.

Gravierende Änderungen soll es auch im Bereich des Zivilprozessrechts geben:

- Einführung einer „vorläufigen Zahlungsanordnung“: Nach geltendem Recht kann eine Geldforderung nur aufgrund eines Urteils vollstreckt werden. Ein Urteil ergeht erst, wenn die Sache entscheidungsreif ist. Durch umfangreiche Beweiserhebungen (Gutachten) verzögert sich dieser Zeitpunkt jedoch auch dann, wenn das Ergebnis eigentlich schon feststeht und den ausstehenden Beweisanträgen nur aus Gründen prozessualer Vorsorge nachgegangen werden muss. Mit dem neuen Gesetz soll nun eine vorläufige Zahlungsanordnung erlassen werden können, schon bevor der Rechtsstreit entscheidungsreif ist. Voraussetzung ist, dass die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg bietet und die Zahlungsanordnung nach Abwägung beiderseitiger Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile für den Kläger gerechtfertigt ist. Unter diesen Bedingungen braucht auf das Ergebnis einer Beweisaufnahme nicht gewartet zu werden. Die vorläufige Zahlungsanordnung kann wie ein für vorläufig erklärtes Endurteil vollstreckt werden. Wenn das Endurteil ergeht, tritt sie außer Kraft; soweit das Urteil die Zahlungsanordnung bestätigt, bleiben die Vollstreckungsmaßnahmen aufrechterhalten.
- Die Bedeutung von Teil- oder Vorbehaltsurteilen soll gestärkt, das richterliche Ermessen diesbezüglich eingeschränkt werden.

### **Mietrecht: Vorsicht bei mündlichen Nebenabreden**

Bei langfristigen gewerblichen Mietverhältnissen ist mit mündlichen Absprachen über das Mietverhältnis Vorsicht geboten. Dies gilt auch dann, wenn im Formularmietvertrag eine Klausel enthalten ist, wonach sämtliche Änderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen.

Nach einer aktuellen Entscheidung des BGH (Urteil vom 21. September 2005) sind mündliche Nebenabreden trotz dieses formularmäßigen Schriftformerfordernisses wirksam. Der BGH begründet dies in ständiger Rechtsprechung mit dem Vorrang der Individualabrede gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 305 b BGB. Mit anderen Worten: Wenn die Parteien nach Abschluss eines Vertrages eine Änderung individuell vereinbaren, so hat diese individuelle Änderung gegenüber den vorformulierten Regelungen des Vertrages Vorrang.

Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass trotz vereinbarter Schriftform auch mündliche Nebenabreden möglich sind, die die Schriftform des Vertrages insgesamt gefährden könnten, weil sie „Kernthemen“ des Mietvertrags, wie Mietgegenstand oder Miete betreffen. Genügt ein befristeter Mietvertrag aber nicht dem Schriftformerfordernis, gilt der Mietvertrag als unbefristet abgeschlossen, mit der Folge, dass er jederzeit ordentlich innerhalb der gesetzlichen Fristen kündbar ist.

### **Vergaberecht: Kein Schadensersatz bei zwingendem Angebotsausschluss**

Es ist schon seit längerem in der Rechtsprechung geklärt, dass sich ein Bieter im Vergabenaachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer nicht auf die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens berufen kann, wenn sein eigenes Angebot zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschließen war.

Die betroffenen Auftragnehmer haben deshalb des Öfteren den Weg zur Vergabekammer vermieden und gleich Sekundärrechtsschutz (Schadenersatz) vor den Zivilgerichten begehrt.

Mit Urteil vom 07. Juni 2005 hat der BGH nun nochmals ausdrücklich klargestellt, dass Schadensersatzansprüche wegen Verletzung eines durch die Ausschreibung begründeten vorvertraglichen schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses dann nicht in Betracht kommen, wenn das Angebot des Schadensersatz begehrenden Bieters zwingend von der Wertung der Angebote auszuschließen war.

Einem Bieter, dessen Angebot auszuschließen war, kommt somit keinerlei Rechtsschutz zu.

### **Privates Baurecht: Verjährung von Ansprüchen aus Gewährleistungsbürgschaften**

Seit der Verkürzung der Verjährungsfrist für Bürgschaften durch die Schuldrechtsreform von 30 auf 3 Jahre können die Ansprüche aus einer Gewährleistungsbürgschaft theoretisch bereits vor den Gewährleistungsansprüchen verjähren. Wie das OLG Köln jetzt nochmals klargestellt hat, beginnt die Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen der Gewährleistungsbürgschaft jedoch erst dann zu laufen, wenn der Sicherungsfall eintritt. Dies ist dann der Fall, wenn der Gewährleistungsanspruch in eine Geldforderung übergegangen und diese Forderung fällig geworden ist. Die Verjährung der Bürgschaft beginnt nicht zu laufen, solange



der Auftraggeber den Auftragnehmer auf Mangelbeseitigung in Anspruch nimmt, sondern erst dann, wenn Schaden- oder Aufwendungsersatz (auch Vorschuss) begehrt wird.

Die Ansprüche aus der Gewährleistungsbürgschaft verjähren somit nicht automatisch vor Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche („Gewährleistungsfrist“, nach BGB 5 Jahre für Bauwerke, in der Praxis auch die Regelgewährleistungsfrist in VOB/B-Verträgen).

## TAX

### **EuGH-Urteil in Sachen Marks & Spencer – Steuerlicher Verlustausgleich über die Grenze?**

Der EuGH hat am 13. Dezember 2005 das lang erwartete Urteil in Sachen Marks & Spencer gefällt. Dabei ging es im Wesentlichen darum, ob die Artikel 43 und 48 des EG-Vertrages (Niederlassungsfreiheit) der Regelung eines Mitgliedstaates entgegenstehen, die es einer inländischen Muttergesellschaft verwehrt, von ihrem steuerpflichtigen Gewinn Verluste abzuziehen, die einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft dort entstanden sind, obwohl ein solcher Abzug für Verluste einer inländischen Tochtergesellschaft zulässig wäre. Die britische Kaufhauskette Marks & Spencer hatte versucht, Millionenverluste aus dem gescheiterten Versuch, auf dem Kontinent Fuß zu fassen, im Vereinigten Königreich steuerlich geltend zu machen.

Der EuGH hat zwar der Kaufhauskette Recht gegeben, aber grundsätzlich entschieden, dass es nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, wenn die Verluste einer ausländischen Tochtergesellschaft nicht auf Ebene der Muttergesellschaft abziehbar sind, solange diese Verluste der ausländischen Tochtergesellschaft in irgendeiner Weise in deren Sitzstaat (z. B. Verlustrücktrag, Verlustvortrag) genutzt werden können.

Wenn jedoch die Verluste der Tochtergesellschaft auch in deren Sitzstaat nicht berücksichtigt werden können (weder für die Vergangenheit, Gegenwart, noch für die Zukunft) liegt ein Verstoß gegen die Artikel 43 EG und 48 des EG-Vertrages vor, wenn die Verluste dann auch auf Ebene der Muttergesellschaft nicht berücksichtigt werden können. Da Marks & Spencer die ausländischen Töchter zwischenzeitlich geschlossen hatte, blieb nur noch der Verlustausgleich im Mutterland.

Mit diesem Urteil dürfte zwar einigen europäischen Finanzministern ein Stein vom Herzen gefallen sein, manchen aber vielleicht nur ein kleiner. Das Urteil konsequent zu Ende gedacht, könnte nämlich ein Verlustabzug bei einer deutschen Muttergesellschaft z.B. auch dann in Frage kommen, soweit zuvor kein Ergebnisabführungsvertrag mit der Tochtergesellschaft (z.B. weil die ausländische Rechtsordnung für die Tochter eine solche Organschaft nicht kennt) bestand, was bisher nach dem Grundverständnis des deutschen Steuerrechts stets Voraussetzung für einen Verlustausgleich

war. Einige Stimmen sprechen daher bereits vom „ersten Einbruch in das deutsche steuerrechtliche Institut der Organschaft“ oder gar von einer „schleichenden Aushöhlung der Steuerhoheit der Nationalstaaten“

### **Geplante umfassende Änderungen des Umwandlungssteuergesetzes**

Das Umwandlungssteuerrecht (UmwStR) soll durch ein Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SE) und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) umfangreich geändert werden. Das Umwandlungssteuerrecht soll dabei an EU-rechtliche Vorgaben angepasst werden. Dabei sollen vor allem die Regelungen zur Europäischen Gesellschaft und zur Europäischen Genossenschaft (SCE) sowie die Änderungsrichtlinie zur Fusionsrichtlinie Berücksichtigung finden. Im Umwandlungssteuerrecht soll dabei eine einheitliche steuerliche Behandlung für inländische und grenzüberschreitende Umstrukturierungen unter Wahrung der deutschen Besteuerungsrechte eingeführt werden. Bislang war das UmwStR im Wesentlichen auf inländische Rechtsträger beschränkt.

Aufgrund des nunmehr weltweiten Anwendungsbereich des UmwStG ist in den Fällen der Verschmelzung einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft oder natürliche Person bei der Überträgerin jetzt grundsätzlich der Ansatz des gemeinen Wertes der Wirtschaftsgüter in der Schlussbilanz vorgesehen. Auf Antrag können jedoch die übertragenen Wirtschaftsgüter wie bisher mit dem Buchwert angesetzt werden, wenn die stillen Reserven betrieblich verstrickt bleiben und das Besteuerungsrecht für die Bundesrepublik Deutschland gewahrt wird.

Auch bei einem Vermögensübergang von einer Körperschaft auf eine andere Körperschaft hat die Überträgerin die übergehenden Wirtschaftsgüter in ihrer Schlussbilanz im Grundsatz mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Bestehende Verlustvorträge der Überträgerin gehen nicht auf die Übernehmerin über. Stattdessen kann die übertragende Körperschaft bestehende Verlustvorträge durch Ansatz des gemeinen Wertes der übergehenden Wirtschaftsgüter in ihrer Schlussbilanz verrechnen. Ein Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter in der Schlussbilanz des übertragenden Unternehmens mit dem Buchwert kommt nur auf Antrag in Betracht, wenn sichergestellt ist, dass die übernehmende Körperschaft der Körperschaftsteuer in der Bundesrepublik Deutschland unterliegt und die Besteuerung im Inland keinen Beschränkungen unterliegt. Andernfalls ist zwingend der gemeine Wert anzusetzen.

Diese Änderung ist von höchster praktischer Relevanz. Damit ist im Ergebnis ein Übergang von Verlustvorträgen im Rahmen von Umwandlungen nicht mehr möglich, jedenfalls soweit stille Reserven nicht aufgedeckt werden sollen. Unter dem Deckmantel der Europäischen Harmonisierung wird hier ein weiteres Mal die Nutzung von Verlustvorträgen erheblich beschnitten.



## **Gesetzesänderungen 2006 und geplante Gesetzesänderungen**

Die neue Bundesregierung hat zu Beginn ihrer Amtszeit bereits mehrere steuerlich relevante Gesetzgebungsverfahren initiiert, die sogar noch teilweise im Jahr 2005 beendet wurden. Beschlossen ist das Gesetz zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm mit folgenden Neuerungen:

### **Abschaffung der Freibeträge für Abfindungen**

Arbeitnehmer konnten bisher für Abfindungen, die ihnen aus Anlass einer Entlassung gezahlt wurden, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen von Freibeträgen in unterschiedlicher Höhe profitieren. Der Gesetzgeber hat beschlossen, diese Freibeträge zu streichen. Diese Regelung ist erstmalig ab dem 1. Januar 2006 anzuwenden. Die Steuerfreiheit ist für vor dem 1. Januar 2006 entstandene Ansprüche der Arbeitnehmer auf Abfindungen oder für Abfindungen wegen einer vor dem 1. Januar 2006 getroffenen Gerichtsentscheidung oder einer am 31. Dezember 2005 anhängigen Klage weiterhin anzuwenden, soweit dem Arbeitnehmer die Abfindungen vor dem 1. Januar 2008 zufließen.

### **Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen**

Auf der ersten Arbeitssitzung des neuen Kabinetts wurde am 24. November entsprechend der Ankündigung des neuen Finanzministers Peer Steinbrück die Verlustbeschränkungsregelung des neuen § 15 b EStG rückwirkend zum 11. November 2005 beschlossen.

Die Verlustverrechnungsbeschränkung gilt für Verluste aus sog. Steuerstundungsmodellen, denen der Anleger nach dem 10. November 2005 beigetreten ist oder für die nach diesem Tag mit dem Außenvertrieb begonnen wurde. Die Bestimmung dieses Stichtages sei, so zumindest die Bundesregierung, zur Vermeidung eines negativen Ankündigungseffektes verfassungsrechtlich zulässig. Fonds mit Verlustzuweisungen von bis zu zehn Prozent sind von § 15b EStG nicht betroffen. Bei Anfangsverlusten von über 10% können die Anleger diese Anfangsverluste aber nur noch innerhalb dieser „Einkunftsquelle“ vortragen, d.h. mit keinen anderen Einkünften mehr verrechnen. Betroffen sind insbesondere Verluste aus Medienfonds, Schiffsbeteiligungen (soweit sie noch Verluste vermitteln), New Energy Fonds, Leasingfonds, Wertpapierhandelsfonds und Videogamefonds. Aber auch deutsche Immobilienfonds fallen unter diese Regelung.

### **Im Koalitionsvertrag vorgesehene weitere Änderungen:**

#### **Erhöhung des Umsatzsteuersatzes**

Der reguläre Mehrwertsteuersatz soll von derzeit 16% auf 19% ab dem 1. Januar 2007 angehoben werden. Die Versicherungssteuer soll parallel ebenfalls auf 19% steigen.

#### **Einführung einer „Reichensteuer“**

Der Spitzensteuersatz soll mit Wirkung zum 1. Januar 2007 von 42% auf 45% bei einem Einkommen von über

€ 250.000 (Ledige) bzw. über € 500.000 (Verheiratete) erhöht werden. Gewerbliche Einkünfte sollen von dieser Erhöhung ausgenommen werden.

### **Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften**

Im Koalitionsvertrag wurde außerdem angekündigt, dass die Besteuerung von Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften neu geregelt werden soll. Veräußerungsgewinne waren bisher steuerfrei, wenn sie im Fall von Wertpapieren länger als ein Jahr und bei Immobilien länger als zehn Jahre gehalten wurden. In der Presse wird diskutiert, dass künftig eine generelle Steuerpflicht von privaten Veräußerungsgewinnen ohne Berücksichtigung von Haltefristen eingeführt werden soll. Die Gewinne sollen mit einem pauschalen Steuersatz von 20% versteuert werden.

### **Reform der Erbschaft- und Schenkungsteuer**

Der Koalitionsvertrag sieht außerdem eine Erbschaftsteuerreform unter Berücksichtigung des zu erwartenden Urteils des Bundesverfassungsgerichts bis spätestens zum 1. Januar 2007 vor. Dabei soll für jedes Jahr der Unternehmensfortführung zum Erhalt der Arbeitsplätze die auf das übertragene Unternehmen entfallende Erbschaftsteuerschuld reduziert werden. Sie entfällt ganz, wenn das Unternehmen mindestens zehn Jahre nach Übergabe fortgeführt wird. Wird das Unternehmen kürzer weitergeführt, erlischt die Steuer jeweils nur für den jeweiligen Zeitraum, entsprechend um 1/10 pro Jahr der Fortführung. Wir hatten über Pläne in diese Richtung bereits in unserem letzten Newsletter berichtet.

### **Weitere geplante Änderungen:**

#### **Abschaffung der „Lifo-Bewertung“ des Vorratsvermögens**

Zur Zeit können Unternehmen, die ihren Gewinn durch Betriebsvermögensvergleich ermitteln, für den Wertansatz gleichartiger Wirtschaftsgüter des Vorratsvermögens unterstellen, dass die zuletzt angeschafften oder hergestellten Wirtschaftsgüter zuerst verbraucht oder veräußert worden sind. Diese Regelung soll nun abgeschafft werden.

#### **Private Kfz-Nutzung**

Für die Bewertung der privaten Nutzung eines betrieblichen Kfz kann zwischen der pauschalen 1%-Regelung und der Fahrtenbuchmethode gewählt werden. Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die 1%-Regelung nur noch für Fahrzeuge gelten soll, die zu mehr als 50% betrieblich genutzt werden und somit notwendiges Betriebsvermögen darstellen. Insoweit ist künftig erforderlich, dass auch bei der 1%-Regelung der Umfang der betrieblichen Nutzung nachgewiesen wird. Vor allem für Zweitfahrzeuge, die betrieblich genutzt werden, kann dies zu Nachteilen führen.



## **Berücksichtigung der Anschaffungskosten bei der Einnahmen-Überschussrechnung**

Bislang gelten die Anschaffungskosten von Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens bei der Gewinnermittlung durch Einnahmen-Überschussrechnung als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben. Der entsprechende Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Abzugsfähigkeit der Anschaffungskosten für Anteile an Kapitalgesellschaften, für Wertpapiere und vergleichbare nicht verbriefte Forderungen und Rechte, für Grund und Boden sowie Gebäude des Umlaufvermögens erst im Zeitpunkt der Veräußerung oder Entnahme als Betriebsausgaben berücksichtigt werden dürfen.

## **Degressiver Abschreibungssatz**

Ein weiterer Gesetzesentwurf des Bundesfinanzministeriums sieht vor, dass der degressive Abschreibungssatz für bewegliche Wirtschaftsgüter vom zweifachen des linearen Abschreibungssatzes auf das dreifache bzw. der Abschreibungssatz von derzeit maximal 20% auf 30% angehoben werden soll. Es soll sich um eine auf zwei Jahre befristete Begünstigung handeln. Dieser erhöhte degressive Abschreibungssatz soll erstmals für nach dem 31. Dezember 2005 und vor dem 1. Januar 2008 angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter anzuwenden sein.

## **Abschaffung der erbschaftsteuerlichen Begünstigung gewerblich geprägter Personengesellschaften**

Zurzeit werden der Betriebsvermögensfreibetrag in Höhe von € 225.000 sowie der Bewertungsabschlag in Höhe von 35% unter anderem dann gewährt, wenn inländisches Betriebsvermögen übertragen wird. Die erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen werden auch gewerblich geprägten Personengesellschaften gewährt. Ein neuer Gesetzesentwurf sieht nun vor, dass diese Vergünstigungen für gewerblich geprägte Personengesellschaften abgeschafft werden soll. Hier besteht nach unserem Dafürhalten erheblicher Gestaltungs- und Beratungsbedarf bei vielen Betroffenen.

## **Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften**

Kooperationen zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor sind nach dem Gesetzeswortlaut Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP), besser bekannt sind sie jedoch als Public Private Partnerships (PPP). Dabei lässt der Staat die öffentlichen Güter partnerschaftlich von privaten Unternehmen bereitstellen. Solche Bündnisse wurden jedoch bislang durch fehlende gesetzliche Rahmenbedingungen gehemmt. Durch das Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz) sollen diese Hemmnisse beseitigt werden. Das Gesetz trat am 8. September 2005 in Kraft. Aus steuerlicher Sicht wurden Vorteile im Bereich der Grunderwerbsteuer, der Grundsteuer und für Investmentfonds eingeführt:

Die Regelungen des Gesetzes sehen zunächst vor, dass der Erwerb eines Grundstücks von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sowie der Rückwerb des Grundstücks von der Grunderwerbsteuer nach § 4 Nr. 9 GrEStG ausgenommen sind, wenn das Grundstück im Rahmen einer Öffentlich Privaten Partnerschaft für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch benutzt wird. Es muss außerdem zwischen dem Erwerber und der juristischen Person des öffentlichen Rechts die Rückübertragung des Grundstücks am Ende des Veranlagungszeitraums vereinbart worden sein.

Mit Wirkung für die Vergangenheit entfällt die Grunderwerbsteuerbefreiung, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts auf die Rückübertragung des Grundstücks verzichtet oder das Grundstück nicht mehr für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch genutzt wird.

Die Grundsteuerbefreiung nach § 3 Abs. 1 Satz 3 GrStG wird auch gewährt, wenn der Grundbesitz von einem nicht begünstigten Rechtsträger (z. B. einem privaten Rechtsträger) im Rahmen einer Öffentlich Privaten Partnerschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch überlassen wird und die Übertragung auf den Nutzer am Ende des Vertragszeitraumes vereinbart wird.

Nach § 67 Abs. 2 Satz 3 InvG darf eine Kapitalanlagegesellschaft unter den Voraussetzungen des Satzes 1 für Rechnung eines Immobilien-Sondervermögens auch Nießbrauchsrechte an Grundstücken im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 (Mietwohn-, Geschäfts- u. Gemischtgenutzte Grundstücke) erwerben, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, wenn zur Zeit der Bestellung die Aufwendungen für das Nießbrauchsrecht zusammen mit dem Wert der bereits im Sondervermögen befindlichen Nießbrauchsrechte 10 Prozent des Wertes des Sondervermögens nicht übersteigen.

## **PUBLIC SECTOR**

### **Kein Baustopp für die Airbus A380-Wartungshalle am Flughafen Frankfurt a.M.**

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 7. September 2005 entschieden, den Beginn des Baus der Airbus A380-Wartungshalle nicht bis zu einer endgültigen gerichtlichen Entscheidung über das Vorhaben zu stoppen. Ein hierauf gerichteter Antrag des Bundes Umwelt- und Naturschutz Deutschland (BUND) blieb ohne Erfolg.

Das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung hatte der Fraport AG als Betreiberin des Flughafens mit Planfeststellungsbeschluss vom 26. November 2004 gestattet, eine Wartungshalle für das Großraumflugzeug Airbus A 380 zu errichten. Die für das Vorhaben in Anspruch genommene Fläche ist Teil eines Waldgebietes, das vom Land Hessen nach der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) an die



Kommission der Europäischen Gemeinschaft gemeldet worden ist. Die Kommission hat noch nicht entschieden, ob das Gebiet in das europäische ökologische Netz besonderer Schutzgebiete („Natura 2000“) aufgenommen wird.

In seinem Planfeststellungsbeschluss ist das Ministerium, um auf der sicheren Seite zu stehen, davon ausgegangen, dass das gemeldete Gebiet in die Liste der EU-Kommission aufgenommen wird. Nach Durchführung einer FFH-Verträglichkeitsprüfung hat es die Zulässigkeit des Vorhabens im Wege einer Ausnahmeentscheidung aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses bejaht. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat die hiergegen gerichtete Klage des BUND durch Urteil vom 28. Juni 2005 im Wesentlichen abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat er durch einen Beschluss vom selben Tage abgelehnt. Der BUND hat Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegt und, da die Fraport AG mit der Rodung des Waldes beginnen wolle, angeregt, das Bundesverwaltungsgericht möge durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage von Amts wegen einen vorläufigen Baustopp verfügen. Das Bundesverwaltungsgericht hat keinen Anlass gesehen, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen, denn das klageabweisende Urteil des Verwaltungsgerichtshofs werde voraussichtlich Bestand haben. Der Planfeststellungsbeschluss und ihn bestätigend das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs hätten dem Meldegebiet – wie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gefordert – einen „angemessenen Schutz“ gewährt.

### **Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz soll bis Ende 2006 gelten**

Im Bundesrat wurde am 23. September 2005 ein Gesetzentwurf beschlossen, der vorsieht, die Geltungsdauer des Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetzes um ein weiteres Jahr bis zum 31. Dezember 2006 zu verlängern. Die neuen Länder weisen im Bereich der Verkehrsinfrastruktur bis heute erheblichen Nachholbedarf auf.

Mit dem Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz wird der Rechtsweg für Klagen gegen Planungsbeschlüsse auf eine Instanz beim Bundesverwaltungsgericht reduziert. Daraus resultiert eine Beschleunigung des Planungsverfahrens und eine erhöhte Rechtssicherheit, was wiederum wachstums- und beschäftigungsfördernde Auswirkungen für Investitionsvorhaben in den neuen Ländern haben soll.

### **Nachbesserungsbedarf bei telekommunikationsrechtlichen Vorschriften**

Der Bundesrat hat am 8. Juli 2005 zu dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften den Vermittlungsausschuss mit dem Ziel der grundlegenden Überarbeitung angerufen. Nachbesserungsbedarf sieht er vor allem bei der Anpassung der Regelungen an EU-Richtlinien, dem Umfang und der Ausgestaltung der Preisangebots- und -ansagepflichten sowie bei der Verlängerung der

Übergangsfristen. Weitere Anrufungsgründe betreffen die Haftungsbeschränkung des Anbieters von Telekommunikationsdiensten und die Fälligkeit der Entgeltforderung bei Beanstandungen durch Endnutzer. Das Gesetz beinhaltet im Wesentlichen die Integration der Regelungen der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung 1997 in das Telekommunikationsgesetz und die Fortentwicklung verbraucherschützender Regelungen. Dabei geht es insbesondere um Verpflichtungen von Telekommunikationsdiensteanbietern zur Preisangabe, zur Verbindungstrennung, zur Registrierung von Anwahlprogrammen (Dialern) und um Auskunftsansprüche gegenüber der Regulierungsbehörde in Bezug auf 0190er-Rufnummern.

## COMMERCIAL

### **Gleichbehandlung von Angestellten und Arbeitern bei der Zahlung von Weihnachtsgratifikation**

Mit seinem Urteil vom 12. Oktober 2005 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass Arbeitgeber unterschiedliche Weihnachtsgratifikationen für Angestellte und Arbeiter sachlich rechtfertigen müssen. Gewährt ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern nach von ihm gesetzten allgemeinen Regeln eine Weihnachtsgratifikation als freiwillige Leistung, ist er an den arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden. Dieser Grundsatz ist nicht nur bei einer willkürlichen Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer verletzt. Bildet der Arbeitgeber Gruppen von begünstigten und benachteiligten Arbeitnehmern, verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz auch bereits eine sachfremde Gruppenbildung. Die Gruppenbildung entspricht sachlichen Kriterien, wenn sich der Grund für die Differenzierung aus dem Leistungszweck ergibt. Zahlt der Arbeitgeber den Angestellten einen höheren Anteil ihrer Monatsvergütung als Weihnachtsgratifikation als den Arbeitern, entspricht die Schlechterstellung der Gruppe der Arbeiter gegenüber der Gruppe der Angestellten deshalb sachlichen Kriterien, wenn der Arbeitgeber die Angestellten aus sachlichen Gründen stärker an sein Unternehmen binden will. Allein die höhere Qualifikation von Angestellten stellt dagegen keinen entsprechenden sachlichen Grund dar.

Wenn ein Arbeitgeber beabsichtigt, einzelnen Gruppen von Mitarbeitern unterschiedliche Sonderzahlungen oder Vergünstigungen zu gewähren, sollte er genau prüfen, ob für eine entsprechende unterschiedliche Behandlung ein sachlicher Grund gegeben ist. Kann der Arbeitgeber einen solchen rechtfertigenden Grund im Streitfall nicht darlegen und beweisen, besteht die Gefahr, dass er den benachteiligten Mitarbeitern die gleiche Sonderzahlung bzw. Vergünstigung wie den bevorzugten Mitarbeitern gewähren muss.

### **Dynamische Verweisung auf Tarifvertrag**

Am 09. November 2005 hat das Bundesarbeitsgericht eine weitere Entscheidung zu einzelvertraglichen Klauseln zur Verweisung auf Tarifverträge getroffen. Bei Fehlen einer Tarifbindung des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers



kommen nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge regelmäßig nicht unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis zur Anwendung. Damit Tarifverträge dennoch gelten, wird in Arbeitsverträgen häufig auf den Inhalt von Tarifverträgen Bezug genommen. Das ist zulässig. Ob die Arbeitsvertragsparteien eine statische Verweisung allein auf das bei Vertragsabschluss geltende Tarifrecht oder eine dynamische Verweisung auf das jeweils geltende Tarifrecht vereinbart haben, ist bei Unklarheiten durch Auslegung zu ermitteln. Bei der Auslegung von Formulararbeitsverträgen gehen nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts Zweifel zu Lasten des Arbeitgebers.

Deshalb ist aus der Sicht des Arbeitgebers bei der Verwendung von sog. Verweisungsklauseln zunächst zu klären, welche Art der Verweisung auf Tarifverträge, z.B. konstitutive oder deklaratorische Verweisung, statische, kleine oder große dynamische Verweisung, Global- oder Teilverweisung, gewollt ist. Wenn dieses geklärt ist, ist darauf zu achten, dass die gewünschte Verweisungsart auch eindeutig aus dem Arbeitsvertrag hervorgeht, damit das gewünschte Ziel auch erreicht wird.

### **Sozialversicherungspflicht bei einvernehmlicher unwiderruflicher Freistellung**

Bisher wurde auch während einer einvernehmlichen, z.B. in einem Aufhebungsvertrag vereinbarten, unwiderruflichen Freistellung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis angenommen. Die Sozialversicherungsträger wollen nunmehr aber nach einer gemeinsamen Besprechung vom 5./6. Juli 2005 in Zukunft diese Praxis aufgeben und so verfahren, dass das sozialversicherungsrechtlich relevante Beschäftigungsverhältnis im Falle einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung mit dem letzten tatsächlichen Arbeitstag vor der Freistellung endet. Denn eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV setze eine tatsächliche Arbeitsleistung voraus, die bei einer unwiderruflichen Freistellung nicht mehr erfolge und auch nicht mehr beabsichtigt sei.

Diese neue Auffassung hat zur Folge, dass im Falle einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung für die Zeiten der Freistellung keine Pflicht zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) mehr besteht, der Arbeitnehmer mit Beginn der unwiderruflichen Freistellung nicht mehr länger Mitglied in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung ist und sich deshalb freiwillig versichern muss, gleichzeitig aber bereits beschäftigungslos im Sinne der Arbeitslosenversicherung ist. Dadurch würde der Arbeitnehmer zwar sofort einen Anspruch auf Arbeitslosengeld erhalten, der jedoch so lange ruhen würde, als er Arbeitsentgelt erhält. Zudem kann ab dem Tag der unwiderruflichen Freistellung eine möglicherweise wegen einvernehmlicher Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses eintretende Sperrzeit beim Arbeitslosengeld nach § 144 Abs. 1 Ziff. 1 SGB III zu laufen beginnen, die dann bereits - zumindest zum Teil - abgelaufen ist, wenn das Arbeitsverhältnis und somit die Gehaltszahlungen enden.

Aus Arbeitgebersicht ist danach zwar eine einvernehmliche unwiderrufliche Freistellung des Arbeitnehmers wegen der damit verbundenen Einsparung von Sozialversicherungsbeiträgen vorteilhaft. Auf Grund der gleichzeitigen Nachteile für den Arbeitnehmer ist jedoch damit zu rechnen, dass sich dieser damit nicht einverstanden erklären wird. Als Alternative kommt dann die einvernehmliche widerrufliche oder einseitige unwiderrufliche Freistellung in Betracht. Welche Vorgehensweise im Ergebnis am sinnvollsten ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und sollte mit dem Arbeitnehmer geklärt werden. Von Arbeitgeberseite ist auf jeden Fall darauf zu achten, dass er den Arbeitnehmer über die jeweiligen möglichen sozialversicherungsrechtlichen Folgen ausführlich aufklärt, weil er anderenfalls Gefahr läuft, sich schadenersatzpflichtig zu machen.

### **Zeitliche Beschränkung der Beteiligung von Managern und Mitarbeitern**

Der BGH hat es in seinem Urteil vom 20. September 2005 als zulässig angesehen, dass führende Mitarbeiter Gesellschaftsanteile, die sie im Rahmen von Manager- bzw. Mitarbeitermodellen unentgeltlich oder zu einem günstigen Preis erhalten haben, wiederum unentgeltlich bzw. zu dem für den Erwerb gezahlten Preis zurück übertragen müssen, wenn sie aus dem Unternehmen ausscheiden. Nach Ansicht des BGH stellt eine solche Regelung jedenfalls dann keine unzulässige und damit unwirksame „Hinauskündigungsklausel“ dar, weil für eine derartige Hinauskündigungsmöglichkeit ein sachlicher Grund gegeben ist, wenn die Beteiligung insbesondere auch gewährt wurde, um den Mitarbeiter am laufenden Gewinn teilhaben zu lassen. Bei den streitgegenständlichen Manager- und Mitarbeitermodellen hielten die Geschäftsführer und Manager ihre Gesellschafterstellungen nur treuhänderähnlich, und sie hatten kein berechtigtes Interesse, auch nach Ausscheiden noch an der Gesellschaft beteiligt zu sein. Umgekehrt war die Einräumung der Beteiligungen überhaupt nur möglich, wenn die Anteile am Ende der Unternehmenszugehörigkeit zurückgegeben werden müssen und wenn der Ausscheidende in diesem Zusammenhang nicht einen Kaufpreis erhält, der die weitere Durchführung des Modells verhindert. Die weitgehende risikolose Mitgliedschaft bei Erwartung erheblicher Beteiligung am Erfolg des Unternehmens durch Gewinnausschüttungen rechtfertigte diese für alle Teile vorteilhafte und von der Dispositionsfreiheit des Gesetzes getragene Gestaltung. Ebenso war in der Klausel hinsichtlich des Anstellungsvertrages aus den gleichen Gründen keine unzulässige Kündigungsbeschränkung nach § 622 Abs. 6 BGB zu sehen.

Im Hinblick auf die Beteiligung von Geschäftsführern bzw. Mitarbeitern hat der BGH mit dieser Entscheidung ein weiteres Mitarbeiterbeteiligungsmodell abgesegnet. Bevor ein Unternehmen jedoch ein solches oder ähnliches Modell in seinem Betrieb einführt, sollte es genau klären, ob dieses überhaupt geeignet ist, die vom Unternehmen mit einer Mitarbeiterbeteiligung verfolgten Ziele zu erreichen und ob auch tatsächlich die steuerlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen im jeweiligen Einzelfall gegeben sind.



## SIBETH AKTUELL

### **SIBETH verstärkt den Real Estate Bereich: Ralf Josef Dörner wechselte zum 1. November 2005 in das Münchener Büro von SIBETH**

SIBETH gewinnt dadurch weitere Expertise auf dem Gebiet der Immobilientransaktionen. Ralf Josef Dörner ist seit 10 Jahren im Immobilien- und Gesellschaftsrecht tätig, zuletzt als Partner im Berliner Büro einer überregionalen Sozietät. Die Beratung von in- und ausländischen Investoren bei der Akquisition umfangreicher Immobilienportfolios gehört ebenso zu seinen Schwerpunkten wie die Betreuung von Bauträgerprojekten sowie legal due diligences sowohl auf Erwerber- als auch Veräußerer-Seite. Er bildet Fachanwälte im Immobilienrecht aus und ist Lehrbeauftragter am Institut für Notarrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin und an der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Berlin.

Informationen:

SIBETH Partnerschaft  
Ralf Josef Dörner  
Tel: 089-38 80 8 - 251  
r.doerner@sibeth.com

### **SIBETH wächst - in München und Erfurt**

Zum Jahresbeginn 2006 bezieht SIBETH in München im dritten Stock Am Oberanger weitere 400 m<sup>2</sup> neue Räume. Damit sind wir im Palais am Oberanger in vier Stockwerken präsent.

In Erfurt hat SIBETH am bisherigen Standort weitere 200 m<sup>2</sup> angemietet.

Gerne würden wir Sie gelegentlich auch in unseren erweiterten Räumen begrüßen.

Informationen:

SIBETH Partnerschaft  
Patrick de Ridder  
Tel: 089-38 80 8 - 111  
p.de-ridder@sibeth.com

### **„Formulararbeitsverträge - Welche Klauseln sind noch wirksam?“ - Vortragsveranstaltung bei SIBETH**

Seit der Schuldrechtsreform, die zum 01.01.2002 in Kraft getreten ist, findet das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch auf Arbeitsverträge Anwendung. Dieses gilt seit dem 01.01.2003 auch für sog. „Altverträge“, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits abgeschlossen waren. Insbesondere in den vergangenen Monaten hatte das Bundesarbeitsgericht mehrfach Gelegenheit, die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Wirksamkeit von formularmäßig verwendeten Arbeitsvertragsklauseln zu klären. Im Rahmen der Vortragsveranstaltung, die wir am 30.03.2006 zusammen mit Engineering by MANPOWER ausrichten, wird

Herr Dr. Hollich aus unserem Arbeitsrechtsteam in München unter Berücksichtigung der aktuellen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts darlegen, welche Klauseln in Formulararbeitsverträgen nunmehr unwirksam bzw. problematisch sind.

Informationen:

SIBETH Partnerschaft  
Dr. Markus Hollich  
Tel: 089-38 80 8 - 353  
m.hollich@sibeth.com

### **SIBETH - SAXO Unternehmerzirkel geht in die nächste Runde**

Nach der erfolgreichen Auftaktveranstaltung im November letzten Jahres findet am 06. April 2006 der nächste Vortrag im Rahmen des SIBETH - SAXO Unternehmerzirkels statt, diesmal zum Thema „Börsengang“. Näheres erfahren Sie zeitnah auf unserer Homepage.

Informationen:

SIBETH Partnerschaft  
Dr. Andreas Kloyer  
Tel: 089-38 80 8 - 411  
a.kloyer@sibeth.com

### **SIBETH unter den „führenden Rechtsberatern“ in Europa**

In der neuesten Auflage der „European Legal Experts 2006“ des renommierten Londoner Verlages „Legal Business - Legal 500“ ist SIBETH gleich mit drei Vertretern genannt: Thomas Richter im Bereich Construction & Real Estate und Dr. Andreas Kloyer und Rupert Klar im Bereich Corporate and Commercial. Mit der Aufnahme in das Listing zeichnet der Verlag Berater aus, die im Markt einen hervorragenden Ruf genießen. Zitat aus dem Vorwort: „In this guide we are pleased to bring together some of the leading lights in the European legal profession. Every person featured in this book has been identified by researchers as being highly recommended in their particular areas of practice.“

Informationen:

SIBETH Partnerschaft  
Dr. Georg Anders  
Tel: 089-38 80 8 - 431  
g.anders@sibeth.com



**SIBETH**

#### **SIBETH auf der MIPIM 2006**

SIBETH wird auch auf der MIPIM 2006 in Cannes wieder durch ein Team von Partnern vertreten sein, die unsere Practice Groups Real Estate, Corporate & Finance und Tax repräsentieren und die Ihnen gerne für eine Terminvereinbarung oder ein Treffen auf der MIPIM zur Verfügung stehen.

#### Informationen:

SIBETH Partnerschaft

Dr. Michael Grünwald

mobil: + 49 171 728 2558

[m.gruenwald@sibeth.com](mailto:m.gruenwald@sibeth.com)

Dr. Andreas Kloyer

mobil: + 49 172 891 0335

[a.kloyer@sibeth.com](mailto:a.kloyer@sibeth.com)

Thomas Richter

mobil: + 49 171 723 7374

[t.richter@sibeth.com](mailto:t.richter@sibeth.com)

#### **IMPRESSUM**

HERAUSGEBER: SIBETH Partnerschaft Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer  
Eingetragen im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter PR 517

SIBETH München  
Oberanger 34-36  
80331 München  
Tel. +49 89 38 80 80  
[munich@sibeth.com](mailto:munich@sibeth.com)  
[www.sibeth.com](http://www.sibeth.com)

SIBETH Erfurt  
Bahnhofstr. 46  
99084 Erfurt  
Tel. +49 361 56 56 20  
[erfurt@sibeth.com](mailto:erfurt@sibeth.com)  
[www.sibeth.com](http://www.sibeth.com)

#### **HINWEIS**

Der Inhalt dieses Newsletters stellt eine Auswahl an allgemeinen Informationen aus aktueller Rechtsprechung und Gesetzgebung dar. Er erhebt keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit und kann die persönliche Beratung in keinem Fall ersetzen. Dieser Newsletter stellt keine Auskunft, Beratung oder sonstige Dienstleistung unserer Berufsträger dar. Für Inhalt, Richtigkeit und Vollständigkeit kann daher keinerlei Haftung übernommen werden.

#### **Verantwortlich für den Inhalt**

Dr. Georg Anders