

ERFOLG IST DER UNTERSCHIED ZWISCHEN THEORIE UND PRAXIS.

Liebe Leserinnen und Leser,

in unserem Newsletter finden Sie aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen aus unseren Tätigkeitsfeldern.

So beleuchten wir im Bereich Corporate & Finance nochmals Auswirkungen des MoMiG auf bereits bestehende Gesellschaften, befassen uns mit dem durch die gesetzlichen Novellierungen des Pfandbriefgesetzes am 26. März 2009 in Kraft getretenen neuen Erlaubnistatbestand der Anlageverwaltung nach dem Kreditwesengesetz und stellen ein neues Urteil des Bundesgerichtshofs von Februar 2009 zu Berufsklägern und zur Corporate Governance vor. In dem Urteil befasst sich der Bundesgerichtshof aus Anlass des Rechtsstreits zwischen Leo Kirch und der Deutschen Bank mit der Zulässigkeit von Anfechtungsklagen sogenannter „Berufskläger“ und der Rechtsverbindlichkeit von Empfehlungen aus dem Corporate Governance Kodex.

Bei den Beiträgen aus dem Bereich Real Estate steht einerseits nochmals die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Fokus, die durch den Bundesgerichtshof mittlerweile anerkannt ist. Andererseits greifen wir anlässlich eines Urteils des Bundesgerichtshofs von Februar 2009 die Frage der Wirksamkeit von Sicherungsabreden im Rahmen von Bürgschaften bei Verzicht auf die Einreden des Hauptschuldners auf. Wesentliche Teile des Real

Estate-Abschnitts widmen sich den unterschiedlichen Zertifizierungssystemen für „Green Buildings“ in verschiedenen maßgeblichen Volkswirtschaften. Darüber hinaus befasst sich ein Beitrag ausführlich mit verschiedenen neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2008 zum Bauvertragsrecht.

In den Artikeln aus dem Bereich Tax befassen wir uns mit den steuerlichen und bilanziellen Fragen der Teilwertabschreibung von börsennotierten Aktien und mit einer Modifikation der Anwendung von § 8 b des Körperschaftsteuergesetzes bei Gesellschafterdarlehen.

Schließlich erläutern unsere Beiträge aus dem Bereich Commercial & IP Neuerungen im Wettbewerbsrecht, eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts von November 2008 zum Verhältnis der sog. „Entlassungssperre“ zum Ausspruch einer Kündigung sowie eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs von Januar 2009 zur Frage der Urlaubsabgeltung von Arbeitnehmern im Falle der Krankheit.

Wir hoffen, dass Ihnen die Lektüre des Newsletters 2/2009 wiederum viel Freude bereitet und Anregungen für Ihre unternehmerischen Aktivitäten bietet.

Ihr Dr. Andreas Kloyer

INHALT

CORPORATE & FINANCE
REAL ESTATE
TAX
COMMERCIAL & IP
SIBETH AKTUELL

CORPORATE & FINANCE

Die Auswirkungen des MoMiG auf bestehende Gesellschaften

Das am 1. November 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) enthält neben zahlreichen Änderungen bei GmbH-Neugründungen auch eine Reihe von Neuerungen, die sich nicht unerheblich auf bereits bestehende Gesellschaften auswirken können. Der folgende Beitrag stellt daher nochmals in Kürze die wichtigsten Änderungen, die es für Altgesellschaften zu beachten gilt, dar.

Die Änderungen durch das MoMiG sehen nun erstmals vor, dass Geschäftsanteile einer GmbH zukünftig auch gutgläubig erworben werden können. Das Gesetz knüpft dabei an die beim Handelsregister hinterlegte Gesellschafterliste an, so dass künftig von demjenigen Geschäftsanteile erworben werden können, der als Gesellschafter in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Es empfiehlt sich daher dringend, eine aktuelle Gesellschafterliste vom Handelsregister anzufordern und diese auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

Eine beispielsweise für die Veräußerung eines Teiles eines Geschäftsanteils erforderliche Teilung derselben bedarf nach dem MoMiG lediglich noch eines Gesellschafterbeschlusses, jedoch keiner Zustimmung der Gesellschaft mehr. Die Teilung der Geschäftsanteile kann aber durch entsprechende Regelungen in der Satzung sogar noch weiter vereinfacht werden. Sieht die Satzung dies vor, können Geschäftsanteile auch ohne Gesellschafterbeschluss durch den jeweiligen Gesellschafter allein geteilt werden. Eine solche Regelung kann etwa für Gesellschaften von Interesse sein, bei denen häufig Geschäftsanteilsübertragungen durchgeführt werden. Der Geschäftsführer der GmbH ist verpflichtet, nach etwaigen Teilungen eine aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, sobald ihm die Teilung mitgeteilt und nachgewiesen wurde. Die Geschäftsanteile sind zukünftig zum Zwecke einer leichteren Übertragbarkeit zudem zu nummerieren.

Das MoMiG hat nunmehr für konzerninterne Finanzierungsmöglichkeiten eine bilanzielle Betrachtungsweise eingeführt. Auch das Auszahlungsverbot für das Stammkapital nach § 30 Abs. 1 GmbHG beurteilt sich künftig hiernach. Darlehen an Gesellschafter – etwa im Wege des sogenannten „Cash Poolings“ – sind nunmehr möglich, soweit die Gesellschaft bei bilanzieller Betrachtung einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter hat. Auch Zahlungen im Rahmen eines Ergebnisabführungsvertrages werden nun eindeutig nicht mehr vom Auszahlungsverbot erfasst.

Generell werden kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen seit dem 1. November 2008 durch den Wegfall der §§ 32a und 32 b GmbHG neu geregelt. Die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens unterfällt nun nicht mehr dem Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG. Gesellschafterdarlehen werden im Insolvenzfall zukünftig grundsätzlich nachrangig bedient.

Dagegen ist die Problematik der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Krise der Gesellschaft außerhalb der Insolvenz gänzlich entfallen.

Für Geschäftsführer einer GmbH sind ausreichende Prüfungs- und Informationsrechte zur Überwachung der Kapitalerhaltungspflichten durch die einzelnen Gesellschafter sicherzustellen. Die Geschäftsführung hat fortan die Pflicht, die Vollwertigkeit etwaiger Rückzahlungsansprüche aus Darlehen der Gesellschaft zu überprüfen und benötigt hierfür weitergehende Informationsrechte als zuvor. Sinnvoller Weise sind solche umfassenden Informationsrechte künftig im Gesellschaftsvertrag oder in der Geschäftsordnung der Geschäftsführung rechtlich zu verankern.

Das Inkrafttreten des MoMiG brachte für Gesellschafter einer GmbH viele Erleichterungen im Zusammenhang mit der Finanzierung der Gesellschaft und der Übertragung von Geschäftsanteilen. Jedenfalls in zwei Punkten wird der Gesellschafter einer GmbH in Zukunft aber auch stärker in die Pflicht genommen als bisher. Zum einen haftet er stärker für die sorgfältige Auswahl der Geschäftsführer, zum anderen ist er gehalten, sich stets einen Überblick über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu machen. Denn verliert die Gesellschaft ihren Geschäftsführer, etwa wegen Niederlegung seiner Aufgaben, ist nun auch der Gesellschafter verpflichtet, bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag zu stellen.

Seit Inkrafttreten des MoMiG ist es schließlich zwingend notwendig, dem Handelsregister eine inländische Geschäftsanschrift mitzuteilen. Die Mitteilung hat bis spätestens 30. September 2009 zu erfolgen. Sofern eine deutsche GmbH ihre Geschäfte zu einem Großteil im Ausland tätigt, kann schließlich von der durch das MoMiG neu eingeführten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, den Verwaltungssitz der Gesellschaft ins Ausland zu verlegen, ohne dabei jedoch das deutsche GmbH-Recht als gültige Rechtsordnung aufgeben zu müssen.

Der neue Erlaubnistatbestand der Anlageverwaltung nach dem Kreditwesengesetz

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Fortentwicklung des Pfandbriefgesetzes am 26. März 2009 wurde der Tatbestand der Anlageverwaltung als neue erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung in den Katalog des § 1 Abs. 1a KWG (Kreditwesengesetz) aufgenommen. Danach bedarf künftig jeder einer Erlaubnis durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), der gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, die „Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten für eine Gemeinschaft von Anlegern“ mit eigenem Entscheidungsspielraum bei der Auswahl der Finanzinstrumente betreibt.

Voraussetzung für die Erlaubnispflicht ist jedoch, dass es sich bei der Gemeinschaft von Anlegern um natürliche Personen handelt, der Entscheidungsspielraum bei der Vermö-

gensanlage einen Schwerpunkt des angebotenen Produktes darstellt und die Anlageverwaltung das Ziel und den Zweck hat, dem Anleger eine Teilhabe an der Wertentwicklung der Finanzinstrumente zu ermöglichen. Maßgeblich ist, dass der Anleger das Risiko der Geschäfte trägt. Nicht erforderlich ist es hingegen, dass die einzelnen Anleger gesellschaftlich verbunden sind. Vielmehr genügt es, wenn die Anleger einzeln gewonnen werden und ihre Gelder lediglich gemeinsam verwaltet werden. Der neue Erlaubnistatbestand soll damit insbesondere die gewerbsmäßige Tätigkeit von sog. Investmentclubs, deren rechtliche Einordnung in der Vergangenheit umstritten war, der Aufsicht der BaFin unterstellen.

In einem Rundschreiben vom 30. März 2009 hat die BaFin erste vorläufige Hinweise zu dem neuen Erlaubnistatbestand der Anlageverwaltung erteilt und gleichzeitig ein detailliertes Merkblatt hierzu in Aussicht gestellt. Insbesondere weist die BaFin darauf hin, dass für eine Erlaubnis zum Betreiben der Anlageverwaltung ein erforderliches Anfangskapital von EUR 50.000,00 nachgewiesen werden muss.

Zu beachten ist, dass es sich bei der neuen Finanzdienstleistung der Anlageverwaltung um einen subsidiären Erlaubnistatbestand handelt. Demnach werden von der Erlaubnispflicht keine Geschäfte umfasst, die bereits in einem anderen Tatbestand des § 1 KWG oder des Investmentgesetzes geregelt sind. Darüber hinaus gilt eine Erlaubnis zum Erbringen der Anlageverwaltung kraft Gesetzes als erteilt, wenn das betreffende Institut bereits über eine Erlaubnis für das Finanzkommissionsgeschäft, den Eigenhandel oder die Finanzportfolioverwaltung verfügt. In diesem Fall muss also eine zusätzliche Erlaubnis für die Anlageverwaltung nicht beantragt werden.

Neues Urteil des Bundesgerichtshofes zu Berufsklägern und zur Corporate Governance

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 16. Februar 2009 auf Klage des früheren Medienunternehmers Leo Kirch die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrates der Deutschen Bank für das Geschäftsjahr 2002 für nichtig erklärt. Dieses Urteil hat für börsennotierte Unternehmen wegweisenden Charakter.

Das Gericht erteilt zunächst Berufsklägern eine klare Absage, die mit der pauschalen Behauptung, in der Hauptversammlung seien nicht alle ihre Fragen beantwortet worden, gegen Hauptversammlungsbeschlüsse klagen. Anfechtungskläger sind nach dem Urteil nun gehalten, die angeblich nicht beantworteten Fragen in der Klage konkret zu benennen. Sie müssen dies binnen der Anfechtungsfrist von einem Monat tun. Trägt ein Aktionär nach Ablauf der Frist Fragen konkret vor, die angeblich nicht beantwortet worden seien, so ist dieser Vortrag verfristet. Die Entscheidung erleichtert Unternehmen die Reaktion auf Anfechtungsklagen, weil nicht mehr zu befürchten steht, dass ein Anfechtungskläger nach Ablauf der Frist einen neuen Vortrag einführen kann. Außerdem müssen sich die Unternehmen nicht mehr gegen pauschale Behauptungen zur Wehr setzen.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte die Deutsche Bank keine Abweichung von dieser Empfehlung angegeben, aber gleichzeitig auch nicht über den in der Person von Rolf-E. Breuer bestehenden Interessenkonflikt berichtet. Breuer war zu einem Zeitpunkt in den Aufsichtsrat gewechselt, als dieser gehalten war, mögliche Schadenersatzansprüche der Deutschen Bank gegen Breuer aus dessen Vorstandstätigkeit im Zusammenhang mit Breuers Aussagen über die Kreditwürdigkeit der Kirch-Gruppe zu prüfen. Breuer musste also Schadenersatzansprüche gegen sich selbst prüfen. Über diesen Interessenkonflikt hatte die Deutsche Bank entgegen der Empfehlung im Corporate Governance Kodex nicht berichtet. Zugleich hatte die Deutsche Bank in der Entsprechenserklärung keine Abweichung von dieser Empfehlung erklärt. Damit war die Erklärung falsch. Da die Entsprechenserklärung von Vorstand und Aufsichtsrat abzugeben ist, war nicht nur die Wirksamkeit des Beschlusses über die Entlastung des Aufsichtsrats, sondern auch über die Entlastung des Vorstands fraglich. Das Gericht hat neben der Entlastung des Aufsichtsrats auch die des Vorstands für nichtig erklärt, weil der Vorstand nach der Auffassung des Gerichts von der Fehlerhaftigkeit der Entsprechenserklärung entweder positiv wusste oder zumindest hätte wissen müssen. Damit statuiert das Gericht im Ergebnis erstmals eine „Verschuldenshaftung“ der Organe für die Richtigkeit der Entsprechenserklärung.

REAL ESTATE

Nochmals: Grundbuchfähigkeit der GbR

Wie bereits in unserem Newsletter 1/2009 mitgeteilt, hat der BGH mit Beschluss vom 4. Dezember 2008 der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) formelle Grundbuchfähigkeit zuerkannt. Danach sei grundsätzlich die GbR als solche im Grundbuch einzutragen.

Die GbR soll deshalb – in Anlehnung an die Regelungen für Personenhandelsgesellschaften – grundsätzlich unter der Bezeichnung eingetragen werden, die von ihren Gesellschaftern für das Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr

vereinbart ist. Nur wenn eine solche vereinbarte Bezeichnung fehlt, seien der Kennzeichnung der Eigentümerin „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ die Gesellschafter hinzuzufügen („bestehend aus ...“).

Der vom BGH aufgezeigte Lösungsweg zur konkreten Buchungsform der GbR – vor allem die Buchung unter dem vereinbarten Namen – wird für den Rechtsverkehr mit Grundbesitz zu erheblichen Problemen führen.

Neben der schon angesprochenen Nachweispflicht gegenüber dem Grundbuchamt und auch dem Notar (vgl. Newsletter 1/2009) ist es für den Rechtsverkehr mit Immobilien unerlässlich, dass das Grundbuch Auskunft darüber gibt, wem der Grundbesitz gehört. Ist Eigentümer nicht eine natürliche Person, sondern eine Gesellschaft, die nur durch ihre Organe handeln kann, bedeutet dies, dass zusätzlich hervorgehen muss, wer die Gesellschaft vertritt und damit über den Grundbesitz Verfügungsbefugte ist. Für die Kapital- und Personengesellschaften (KG, OHG) hilft hier die Einsicht in das Handelsregister. Ein Register für die GbR existiert – zumindest bislang noch – nicht. Hier bleibt einzig der Gesellschaftsvertrag aussagekräftig, der entweder den gesetzlichen Normalfall zur Anwendung bringt, wonach die GbR von ihren Gesellschaftern vertreten wird, oder aus dem abweichende Einzelvertretungsbefugnisse hervorgehen.

Wird eine GbR nun – wie vom BGH zugelassen – nur unter ihrem Namen in das Grundbuch eingetragen, ist hieraus für den Rechtsverkehr nicht ersichtlich, wer für diese Gesellschaft handeln darf. Selbst dann, wenn der im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs durch die GbR geltende Gesellschaftsvertrag zu den Grundakten genommen wurde, bliebe offen, ob im Zeitpunkt der Veräußerung oder Belastung der Gesellschafterbestand unverändert ist. Gleiches gilt für die aus der Gesellschafterstellung abgeleitete Vertretungsbefugnis.

Zwar hat der BGH diese Probleme in seinem Urteil vom 4. Dezember 2008 angesprochen und den Gesetzgeber aufgefordert, die Buchungsvorgaben an die neue rechtliche Ausgangslage anzupassen, jedoch dürfte dies trotz der gebotenen Eile noch eine Weile dauern.

Vor diesem Hintergrund ist daher dringend anzuraten, der im Immobilienrechtsverkehr tätigen GbR – zunächst – keine eigene Bezeichnung zu geben, damit stets (auch) ihre Gesellschafter zur näheren Identifizierung im Grundbuch eingetragen werden müssen.

Das Green Building und seine Zertifizierungssysteme

Im Zusammenhang mit den internationalen Anstrengungen zum Klimaschutz gewinnt auch das „Green Building“ immer mehr an Bedeutung. Die Deutsche Bank AG baut solche grünen Gebäude und auch sonst wächst das Bestreben nach ökologischem Bauen, Energieeffizienz und Zertifizierungen, die besonders umweltfreundlich erbaute und betriebene

Immobilien auszeichnen. Solche Zertifizierungen sollen Mieter anlocken und gleichzeitig dem Image des Bauherrn dienen.

Gehört hat man von solchen „Grünen Häusern“, was aber verbirgt sich genau hinter solch einem Green Building und wodurch zeichnet es sich aus?

Begriff des Green Buildings

„Green“ steht für Nachhaltigkeit. Der Begriff der Nachhaltigkeit stammt ursprünglich aus dem Bereich der Forstwirtschaft, wo sich die Beschreibung „Beharrliche Nutzung“ in die Begrifflichkeit „Nachhaltige Nutzung“ umwandelte.

Nachhaltig ist eine Entwicklung, in der die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt werden, ohne dabei künftigen Generationen die Möglichkeit zur Befriedigung ihrer eigenen Bedürfnisse zu nehmen. Das sogar in der Charta der Vereinten Nationen verankerte Recht auf Entwicklung muss hiernach so verwirklicht werden, dass den Entwicklungs- und Umweltbedürfnissen der heutigen und der kommenden Generationen in gerechter Weiser entsprochen wird.

Im Zusammenhang mit der Projektentwicklung ist der Begriff des „nachhaltigen Bauens“ entstanden, der insbesondere im Hinblick auf Klima- und Ressourcenschutz in letzter Zeit immer mehr an Bedeutung gewinnt. Neben der Minimierung des CO₂-Ausstoßes und der Energieeinsparung und -effizienz zählen auch die Verwendung ökologischer Baumaterialien, die Reduzierung der Atomenergie, der Strahlenschutz, die Verringerung der schädlichen Einflüsse auf das Klima, den Boden, das Wasser sowie der Schutz der Gesundheit und der Lebensqualität der Menschen zu den erklärten Zielen eines nachhaltigen Bauens.

Mittlerweile hat der Gedanke der Nachhaltigkeit auch in unser deutsches Grundgesetz Einzug gehalten, der Staat hat zahlreiche Rechtsnormen erlassen, mittels derer die Ziele der Nachhaltigkeit stärker verfolgt werden sollen, und das Bundesbauministerium hat einen „Leitfaden für nachhaltiges Bauen“ entwickelt.

Der Begriff des Green Building wird bisher jedoch nicht durch gesetzliche Vorschriften geprägt, sondern in erster Linie durch die Anforderungen, die der Markt an eine solche Immobilie, ihre Errichtung und Ausstattung stellt. Diese Anforderungen sind weltweit unterschiedlich und geprägt von dem Umweltbewusstsein der Bevölkerung in den jeweiligen Ländern. Daher haben sich in verschiedenen Ländern unterschiedliche Systeme entwickelt, die jeweils zum Ziel haben, den Aspekt der Nachhaltigkeit in Bezug auf Gebäude stärker in das Bewusstsein der Bauherrn und der Bevölkerung zu bringen.

USA

In den USA wurde das LEED Zertifizierungssystem entwickelt, das der U.S. Green Building Council (USGBC) ins Leben gerufen hat und als zurzeit wichtiges Zertifizierungssystem gilt.

LEED steht für „Leadership in Energy and Environmental Design“. Der LEED Reference Guide sieht vor, dass je umfangreicher die Anforderungen bei einem Gebäude umgesetzt werden, desto mehr Punkte vergeben werden. Dabei reicht die Auszeichnungsskala von der einfachen „LEED-Zertifizierung“ über LEED Silber und LEED Gold bis zur höchsten Auszeichnung, dem LEED Platin, das auch für die Deutsche-Bank-Türme in Frankfurt angestrebt wird.

„Green Building“-Fachexperten können sich durch das LEED Accredited Professional Exam akkreditieren lassen. Diese Akkreditierung autorisiert eine Person, die Beurteilung und Zertifizierung von Gebäuden nach den verschiedenen LEED-Systemen durchzuführen. Die Akkreditierung wird durch das Green Building Certification Institute verwaltet.

Großbritannien

In Großbritannien werden im Rahmen des BREEAM (British Empire Environmental Assessment Method) – Zertifizierungssystems Noten vergeben. Die Noten werden vom U.K. Green Building Council vergeben und reichen von „pass“ (bestanden) bis „excellent“ (herausragend). Im Mittelpunkt stehen hierbei die Kriterien Planungs- und Bauablauf, Gesundheit und Komfort, Ressourcen (Energie und Wasser), das Material und der Flächenverbrauch. BREEAM wurde 1990 entwickelt und ist das älteste Zertifizierungssystem für nachhaltiges Bauen. Dieses System ist sowohl Vorbild für den US-Standard LEED als auch für das australische Bewertungssystem („Green Star“).

Europa

Auch die Europäische Union ist im Zusammenhang mit dem nachhaltigen Bauen nicht untätig gewesen und hat im Jahre 2005 „Green Building Programme“ aufgelegt. Im Rahmen dieses Programms können Eigentümer von Nicht-Wohnimmobilien sogenannte „Green Building Partner“ werden und sind damit berechtigt, das Green Building Logo der EU als Werbemittel zu verwenden. Voraussetzung hierfür ist bei Neubauten, dass der jeweils national gesetzlich vorgeschriebene maximale Energieverbrauch (in Deutschland durch die EnEV) um 25 % unterschritten wird, und bei Sanierung durch die Modernisierung eine Energieeffizienzsteigerung von ebenfalls 25 % stattfindet.

Sonstige

Auch in vielen anderen Ländern wurden eigene Zertifizierungssysteme entwickelt. Die wichtigsten sind das HQE in Frankreich, das von der Association HQE vergeben wird, und soviel bedeutet wie hohe Umweltqualität („Haute Qualité Environnementale“) sowie das CASBEE in Japan, das für „Comprehensive Assessment System for Built Environmental Efficiency“ steht. In Australien werden „Green Stars“ vergeben, und auch die Niederlande, Spanien, Indien, Malaysia oder Südafrika haben eigene Bewertungssysteme.

Deutschland - Gütesiegel für nachhaltiges Bauen

Mittlerweile wurde auch in Deutschland ein Zertifizierungssystem entwickelt, das im Januar 2009 in eine Pilotprojektphase gestartet ist. Initiator ist die DGNB, die Deutsche Gesellschaft für nachhaltiges Bauen e.V. gemeinsam mit dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, die das „Deutsche Gütesiegel für nachhaltiges Bauen“ vergeben. Die DGNB wurde Ende Juni 2007 von Architekten, Planern, Bauproduktherstellern, Investoren und Wissenschaftlern gegründet. Bisher hat die DGNB in einem Pflichtenheft im Wesentlichen fünf Nachhaltigkeitskriterien aufgestellt: Erhalt von Werten, Schutz von Ressourcen, Schutz der globalen Umwelt, Menschengerechtes Umfeld und Gesundheit der Gebäudenutzer sowie Behaglichkeit.

Schon zu Beginn von Projektentwicklung und Planung müssen die unterschiedlichen Aspekte des nachhaltigen Bauens berücksichtigt werden. Um eine bestimmte Zielsetzung bei der Zertifizierung zu erreichen, wird auch die Beauftragung eines Auditors empfohlen, der den Planungsprozess begleitet.

Für die eigentliche Zertifizierung müssen die benötigten Eingangsdaten vom Investor, Bauherren, Planer und Fachplaner zur Verfügung gestellt werden. Mithilfe einheitlicher Datengrundlagen, die über das Internetportal Nachhaltiges Bauen abrufbar sind, und aufgrund der definierten Kriterien und Bewertungsregeln wird das Gebäude von einem entsprechend ausgebildeten Zertifizierer bewertet. Dabei werden für die einzelnen Kriterien nach klaren Regeln Punkte vergeben. Im Verhältnis von erreichter zur erreichbaren Gesamtpunktzahl ergibt sich ein Erfüllungsgrad. Diesem sind Noten zugeordnet, die dann wiederum ihre Entsprechung im Gold-, Silber- oder Bronze-Zertifikat finden.

Die Möglichkeit, schon in einer sehr frühen Phase ein Vortifikat zu erhalten, um mit diesem entsprechend werben zu können, ist vorgesehen. Das eigentliche Gütesiegel wird aber erst nach der Fertigstellung verliehen werden, um die Umsetzung der Anforderungen an die Nachhaltigkeit entsprechend prüfen zu können. Am Ende der Bemühung steht eine Gesamtnote, die ökologische, ökonomische und soziokulturelle Belange berücksichtigt und gleichzeitig die technische und planerische Leistung bewertet. Hier gibt es erstmals einen Maßstab für umfassende Bauqualität in allen Aspekten des nachhaltigen Bauens.

Bundesbauminister Wolfgang Tiefensee hat die ersten Zertifikate auf der internationalen Baufachmesse „Bau 2009“ im Januar 2009 in München vergeben.

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Bauvertragsrecht aus dem Jahr 2008

Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen Überblick über einige der wichtigsten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 2008 zum Bauvertragsrecht geben.

Aufhebung der Privilegierung der VOB/B gegenüber Verbrauchern

Zunächst ist auf ein Urteil hinzuweisen, das die sog. Privilegierung der VOB/B gegenüber Verbrauchern aufhebt (BGH, Urteil vom 24. Juli 2008, VII ZR 55/07). Der Begriff der Privilegierung besagt, dass alle Regelungsinhalte der VOB/B von einer Inhaltskontrolle, wie sie sonst eigentlich durchzuführen wäre, völlig frei sein können. Gegenüber Verbrauchern gilt diese Privilegierung nun nicht mehr. Dies ergibt sich zwischenzeitlich auch aus dem Gesetz, vgl. den seit 1. Januar 2009 neu geltenden § 310 Abs. 1 S. 3 BGB. Diese neue Vorschrift lässt eine Privilegierung ausdrücklich nur in den Fällen zu, in denen die VOB/B gegenüber Unternehmern, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet wird. Gegenüber Verbrauchern ist also im Umkehrschluss jede einzelne Bestimmung der VOB/B auf ihre Wirksamkeit hin zu prüfen.

Umgang mit Unklarheiten bei funktionaler Ausschreibung

Bei Unklarheiten im Rahmen funktionaler Ausschreibungen besteht seit längerem eine BGH-Rechtsprechung, die einen Auftragnehmer dazu anhalten kann, vor Vertragschluss durch Nachfrage Aufklärung zu suchen. Nun stellt der BGH (Urteil vom 13. März 2008, VII ZR 194/06) klar, dass ein Auftragnehmer, der diese Aufklärung nicht gesucht hat, bei der Ermittlung seiner Leistungspflichten nicht allein deshalb mit Zweifelsfragen belastet werden darf. Mangels gemeinsamen Verständnisses der Parteien muss der Auftragnehmer jedoch akzeptieren, dass ein Gericht die Leistungspflichten allein durch objektive Auslegung ermittelt. Also kann ein Auftragnehmer bei seiner Angebotskalkulation zwar bestimmte Annahmen getätigt haben, muss aber akzeptieren, dass diese Annahmen vom Gericht als vertraglich unerheblich angesehen werden mit der Folge, dass z.B. geltend gemachte Mehrkostenansprüche aus Nachträgen nicht greifen.

Zum Fragenkreis des Leistungssolls bei funktionaler Ausschreibung ist, so der BGH hier weiter, ferner die von ihm sog. "Bauwerksplanung" maßgeblich, welche die zu erreichenden technischen Ziele inhaltlich vorgibt. In deren Rahmen hatte der Auftragnehmer im konkret entschiedenen Fall Leistungen "je nach Erfordernis" zu erbringen.

Wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit ist zwar die Vereinbarung denkbar, dass ein Auftragnehmer Änderungen an dieser Bauwerksplanung hinnehmen muss, ohne einen Mehrkostenanspruch zu erhalten. Jedoch stellt der BGH an das Vorliegen einer solchen Vereinbarung strenge

Anforderungen. Die im konkreten Fall verwendete Formulierung "je nach Erfordernis" genügt dazu nicht. Diese Formulierung verpflichtet vielmehr allein zu Leistungen, die innerhalb der Ziele der o.g. Bauwerksplanung liegen.

Ändert der Bauherr also die "Bauwerksplanung", also die technische Zielvorgabe der funktionalen Ausschreibung, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Preisanpassung aus § 2 Nr. 5 VOB/B.

Umsatzsteuer auf Forderungen des Auftragnehmers aus Störungen im Bauablauf

In einem weiteren Urteil stellt der BGH (Urteil vom 24. Januar 2008, VII ZR 280/05) klar, wann für Forderungen des Auftragnehmers aus Bauzeitverzögerung Umsatzsteuerpflicht besteht. Wichtig ist dies für Bauherren, die Umsatzsteuerbeträge (immerhin 19 %) gegenüber dem Finanzamt nicht verrechnen können, so im Grundsatz die öffentliche Hand oder gemeinnützige Körperschaften. Nach dem BGH ist Umsatzsteuer nur dann geschuldet, wenn eine Leistung des Auftragnehmers vergütet wird. Dies ist laut BGH nicht allein nach zivilrechtlicher Dogmatik zu beurteilen und führt zu folgenden Ergebnissen:

- > Im Anspruch des Auftragnehmers aus § 642 BGB wegen unterlassener Mitwirkungshandlung des Auftraggebers sieht der BGH zunächst eine ausreichend leistungsbezogene Entschädigung/Vergütung mit Folge der Umsatzsteuerpflicht, denn der Anspruch steht dem Auftragnehmer dafür zu, dass er Arbeitskraft und Kapital zur Verfügung hält.
- > Ebenfalls eine umsatzsteuerpflichtige Leistung liegt dem Anspruch des Auftragnehmers auf Preisanpassung bei Bauentwurfsänderungen aus § 2 Nr. 5 VOB/B zugrunde. Denn § 2 Nr. 5 VOB/B gesteht einen höheren Vergütungsanspruch gerade bei leistungsbezogenen Änderungen zu.
- > Einen nicht umsatzsteuerpflichtigen Anspruch sieht der BGH nur im Fall des Schadensersatzes wegen hindernder Umstände nach § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B, die der Auftraggeber zu vertreten hat. Anders als bei § 2 Nr. 5 VOB/B wird hier das zu erstellende Werk nicht verändert. Damit gibt der BGH eine ältere Rechtsprechung ausdrücklich auf.

Nach Aussagen beteiligter Bundesrichter sind diese Ergebnisse zwar in Abstimmung mit dem Bundesfinanzhof erarbeitet. Dies ist jedoch nicht offenkundig nachweisbar. Ob die Finanzämter diese Differenzierungen also mittragen, bleibt abzuwarten.

Sittenwidrig überhöhte Einzelpreise im Leistungsverzeichnis

In einem weiteren Fall (Urteil vom 18. Dezember 2008, VII ZR 201/06) hatte ein Auftragnehmer einen Einzelpreis für eine Position des Leistungsverzeichnisses vereinbart, der zweihundertfach über dem nationalen Durchschnittspreis lag. Da der Auftragnehmer in der Bauphase sogar 110 % der

vereinbarten Menge erbringen musste, um das Vertragsziel zu erreichen, berief er sich auf § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. Hiernach darf er ab diesen 110 % grundsätzlich einen höheren Preis verlangen. Der Auftragnehmer berechnete diesen auf der Basis des überhöhten ursprünglichen Preises und gelangte zu einem Preis für die Mehrmengen, der den Bundesdurchschnitt um das achthundertfache überstieg.

Angesichts dieser krassen Überhöhung vermutet der BGH zu Lasten des Auftragnehmers, dass dieser geradezu darauf spekuliert habe, seinen überhöhten Ausgangspreis in der Bauphase noch zu erhöhen. Diese Preiserhöhung verwehrt der BGH. Zwar lässt er die Möglichkeit offen, dass der Auftragnehmer die genannte Vermutung entkräftet. Das Argument des Auftragnehmers, andere Einzelpreise des Leistungsverzeichnisses lägen – im Ausgleich – unter dem Bundesdurchschnitt, akzeptiert der BGH nicht, sondern sieht diese eher als Beleg für eine sittenwidrige genannte Spekulation. Auch wenn dieser - sehr deutliche - Fall offen lässt, wo die Grenze zur Sittenwidrigkeit verläuft, bleibt festzuhalten:

- > Der BGH wird künftig sittenwidrig überhöhte Preiserhöhungen nach § 2 VOB/B verweigern, dies wohl auch bei Leistungsänderung bzw. Leistungsergänzung infolge einer Anordnung des Auftraggebers (§ 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B).
- > Der Auftragnehmer kann als neuen Preis dann nicht einmal seine ursprünglichen, bereits sittenwidrigen Preise verlangen. Er wird auf übliche und damit deutlich geringere Preise verwiesen.
- > Ein Argument dahingehend, dass andere Positionen des Leistungsverzeichnisses unterdurchschnittlich bepreist sind und damit insgesamt keine Sittenwidrigkeit auch bzgl. der fraglichen Preisvereinbarung vorliegt, erkennt der BGH nicht an.

Beweislast des Auftragnehmers für die Mangelfreiheit seines Werkes

Eine weitere Entscheidung zur oft praktisch entscheidenden Beweislast traf der BGH für einen Fall der Ersatzvornahme (Urteil vom 23. Oktober 2008, VII ZR 64/07):

Hierbei ging er zunächst vom Grundsatz aus, dass der Auftragnehmer bis zur Abnahme die volle Beweislast für die Mangelfreiheit seines Werkes trägt. Dies gilt auch zeitlich über eine Abnahmehandlung hinaus, sofern der Bauherr fragliche Mängel bei dieser Handlung vorbehalten hat. Der Auftragnehmer bleibt im Grundsatz sogar dann beweisbelastet, wenn der Mangel - nach Verstreichen einer Frist - durch andere als den Auftragnehmer beseitigt wurde, ihm sein Beweis also erschwert ist.

In dem Fall allerdings, in dem erst im Laufe der Ersatzvornahme bestimmte Mangelerscheinungen erstmalig ans Tageslicht treten (z.B. durch Fräsen in bis dato uneinsehbare Bereiche), und der Bauherr dem Auftragnehmer weder

eine entsprechende Dokumentation ermöglicht noch eine solche selbst vornimmt, geht jedoch die Beweislast auf den Bauherrn über. Denn der Auftragnehmer wäre zwar grundsätzlich verpflichtet, die konkrete Mangelursache selbst zu ermitteln – eine diesbezügliche Abnahme liegt ja noch nicht vor. Davon aber wird der Auftragnehmer entlastet, soweit ihm dies der Bauherr wie beschrieben unmöglich macht.

Rückgabe von Bürgschaftsurkunden

Zuletzt sei ein klärendes Urteil in diesem thematischen Zusammenhang genannt: Der BGH macht klar (Urteil vom 9. Oktober 2008, VII ZR 227/07), dass der Auftragnehmer die Rückgabe grundsätzlich sowohl an sich als auch an den Bürgen verlangen kann.

Die Formulierung des im Urteil behandelten § 17 Nr. 8 Satz 1 VOB/B (1998) lässt – ebenso wie § 17 Nr. 8 Abs. 1 und Abs. 2, jeweils 1. Halbsatz VOB/B (2002) und VOB/B (2006) - völlig offen, an wen herauszugeben ist. Gleichzeitig ist es für den Auftragnehmer sinnvoll, Herausgabe an sich verlangen zu können: Er ist zugunsten des Bürgen aus eigenem Vertragsverhältnis mit diesem gehalten, dafür zu sorgen, dass die Bürgschaftsurkunde nicht länger als nötig in Händen des Bauherrn bleibt.

Zusammenfassend hat der BGH mit den hier dargestellten Entscheidungen erhebliche Klarstellungen geleistet, die in der täglichen Praxis immer wieder auftretende Fragen betreffen. Zu begrüßen sind insbesondere die Feststellungen zur Umsatzsteuerlast im Rahmen von Bauzeitverzögerungen sowie die dogmatisch klaren Vorgaben zur Beweislast bei Ersatzvornahme und zur ausgewogenen Auslegung unklarer funktionaler Ausschreibungen.

Wirksamkeit der Sicherungsabrede im Rahmen einer Bürgschaft bei Verzicht auf die Einreden des Hauptschuldners

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 (VII ZR 39/08) Gelegenheit, zu der in Schrifttum und Rechtsprechung kontrovers behandelten Frage Stellung zu nehmen, ob eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vereinbarte Verpflichtung (Sicherungsabrede), eine selbstschuldnerische und unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen, wirksam ist, obwohl in der Sicherungsabrede nur ein teilweiser Verzicht auf die Rechte des Bürgen aus § 768 BGB vorgesehen ist.

In dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Fall wurde in den AGB die Verpflichtung eines Bauunternehmers aufgenommen, dem Besteller eine selbstschuldnerische und unbefristete Bürgschaft nach einem zum Vertrag gehörenden Muster zu stellen. Dieses Muster sah den Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB, d.h. auf die Möglichkeit zur Geltendmachung der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden, vor. Bei Eintritt des Bürgschaftsfalles verweigerte der Bürge die Zahlung unter Berufung auf die Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung in ihrer Gesamtheit.



Dieser Auffassung ist der BGH nicht gefolgt. Der BGH bestätigt zunächst, dass die in den AGB vereinbarte Verpflichtung zur Stellung einer selbstschuldnerischen und unbefristeten Vertragserfüllungsbürgschaft wirksam sei. Ob daneben die in dem Bauvertrag vereinbarte Verpflichtung zu einem (teilweisen) Verzicht auf die Einrede aus § 768 BGB unwirksam ist, wird vom BGH nicht entschieden, da diese nicht auch die Wirksamkeit der Verpflichtung zur Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft berühre. In einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen (unwirksamen) Regelungen stehende Vereinbarungen können nach Auffassung des BGH nämlich gesondert auf ihre Wirksamkeit überprüft werden, sofern sie aus sich heraus verständlich sind. Etwas anderes soll nur gelten, wenn der als wirksam anzusehende Teil ohne den unwirksamen Teil im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll ist.

Nach Überzeugung des BGH sind Bürgschaft und Verzicht auf die Einreden gemäß § 768 BGB danach getrennt voneinander zu beurteilen, da die Verpflichtung zur Stellung einer selbstschuldnerischen und unbefristeten Bürgschaft auch dann sinnvoll und gewollt sein kann, wenn der Einredeverzicht unwirksam ist.

Der BGH bestätigt damit seine bisherige Rechtsprechung bezüglich der Möglichkeit, inhaltlich voneinander trennbare, unabhängig voneinander aus sich heraus verständliche Regelungen aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung zu unterziehen. Auch die bisherigen Urteile des BGH zur Wirksamkeit einer Sicherungsabrede, soweit sie die Hauptschuldnerin lediglich zur Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft verpflichtet, nicht aber auch zu einem Verzicht auf die Einrede des § 768 BGB oder zu der Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, werden bestätigt.

Der BGH entschärft mit seiner Entscheidung einen lange andauernden Streit zwischen Rechtsprechung und Vertretern der Rechtslehre und stellt sich mit seiner Entscheidung gegen eine verbreitete Ansicht, dass zwischen Bürgschaft und Einredeverzicht eine konzeptionelle Einheit bestehe, mit der eine garantiähnliche Haftung des Bürgen gewährleistet werden solle.

TAX

Teilwertabschreibung von börsennotierten Aktien

Voraussetzung für eine steuerliche Teilwertabschreibung von nicht der Abnutzung unterliegendem Anlagevermögen ist eine voraussichtlich dauernde Wertminderung zum Bilanzstichtag.

Für Kursänderungen börsennotierter Aktien hat der Bundesfinanzhof (BFH) mit Urteil vom 26. September 2007 (I R 58/06, DStR 2008, 187) entschieden, eine Teilwertabschreibung sei bereits dann möglich, wenn der Börsenwert

zum Bilanzstichtag unter die Anschaffungskosten gesunken ist und zum Zeitpunkt der Bilanzerstellung keine konkreten Anhaltspunkte für eine alsbaldige Wertaufholung vorliegen. Allein die Möglichkeit einer Kurserholung in der Zukunft, die regelmäßig nicht ausgeschlossen werden kann, steht der Teilwertabschreibung nicht entgegen. Ausdrücklich offen gelassen hat der BFH die Frage, ob jedes Absinken des Kurswerts in der Bilanz nachvollzogen werden kann und muss oder ob eine Wertänderung in einer gewissen „Bandbreite“ nicht zu einer Teilwertabschreibung berechtigt.

Mit Schreiben vom 26. März 2009 hat nun das Bundesministerium für Finanzen (BMF) zu dem Urteil Stellung genommen und es über den entschiedenen Einzelfall hinaus für anwendbar erklärt. Allerdings hat das BMF den Anwendungsbereich für die Teilwertabschreibung über die im BFH-Urteil offen gelassene Frage der Behandlung von Wertveränderungen innerhalb einer gewissen Bandbreite stark eingeschränkt. Von einer voraussichtlich dauernden Wertminderung ist nach dem BMF nur auszugehen, wenn der Börsenkurs der fraglichen börsennotierten Aktien zu dem jeweils aktuellen Bilanzstichtag um mehr als 40 % unter die Anschaffungskosten gesunken ist oder zu dem jeweils aktuellen Bilanzstichtag und dem vorangegangenen Bilanzstichtag um mehr als 25 % unter die Anschaffungskosten gesunken ist.

Die Regelungen des BMF-Schreibens können frühestens in der ersten nach dem 26. September 2007 (= Datum der BFH-Entscheidung) aufzustellenden Bilanz berücksichtigt werden. Wurde bereits in einer vor dem 26. September 2007 aufgestellten Bilanz der Aktienwert nach den oben genannten Grundsätzen gebildet, bleibt der Ansatz bestehen. Eine Änderung des Bilanzpostens für vor diesem Zeitpunkt aufgestellter Bilanzen ist im Rahmen einer Bilanzberichtigung möglich.

§ 8b KStG: Einschränkung bei Gesellschafterdarlehen erst ab 2008 anwendbar

In § 8b Körperschaftsteuergesetz (KStG) ist die weitgehende Befreiung des Gewinns aus der Anteilsveräußerung durch Kapitalgesellschaften geregelt. Dabei war von vornherein eine Begrenzung der Steuerbefreiung von Anteilen mit früheren Teilwertabschreibungen geregelt worden. Die entsprechende Ausschlussregelung in § 8b Abs. 3 KStG wurde indes wohl häufig durch Darlehenskonstruktionen unterlaufen, weswegen der Gesetzgeber die Regelung im Jahressteuergesetz 2008 auf Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen ausgeweitet hat.

Zunächst war umstritten, ob diese zusätzlichen Ausnahmen von der Steuerbefreiung in § 8b KStG schon für Fälle vor der Gesetzesänderung 2008 oder erst ab dem Veranlagungszeitraum 2008 gelten sollten.

Der Bundesfinanzhof hat sich in einer aktuellen Entscheidung der letzteren Ansicht angeschlossen und entschieden,

dass Teilwertabschreibungen auf eigenkapitalersetzende Darlehen keine bei der Gewinnermittlung zu berücksichtigenden Gewinnminderungen i.S.d. § 8b Abs. 3 KStG 2002 sind (Urteil vom 14. Januar 2009, I R 52/08). Die Gesetzesänderung ist demnach auch deshalb rechtsbegründend, weil die Anwendbarkeit benannt ist und die Gesetzesbegründung erklärmaßen zur Schließung bestehender Regelungslücken der alten Gesetzesfassung diente. Eine Stellungnahme der Finanzverwaltung dazu steht bislang aus. Insofern sind abweichende Behandlungen durch die Finanzverwaltung in Altfällen gegebenenfalls anzufechten. Gleichzeitig ist die strengere neue Rechtslage bei laufenden und künftigen Strukturen dringend zu berücksichtigen.

COMMERCIAL & IP

Neuerungen im Wettbewerbsrecht

Zum 30. Dezember 2008 wurde das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) reformiert und damit an die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) angepasst. Ziel dieser Richtlinie ist die Angleichung nationaler Vorschriften, um in der EU ein einheitlich hohes Verbraucherschutzniveau zu schaffen und damit auch den grenzüberschreitenden Handel zu vereinfachen.

Änderungen im deutschen Wettbewerbsrecht ergeben sich u. a. in folgenden Punkten:

An den Regelungen des UWG müssen sich künftig nicht mehr „Wettbewerbshandlungen“ sondern allgemein „geschäftliche Handlungen“ messen lassen. Darunter fällt „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise, Erklärung oder kommerzielle Mitteilung, einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt“. Erfasst sind also Handlungen vor, bei und sogar nach Vertragsschluss.

Ob eine geschäftliche Handlung unlauter im Sinne des UWG ist, ist aus der Sicht des sog. „Durchschnittsverbrauchers“ zu bestimmen. Bei geschäftlichen Handlungen, die sich an eine klar umrissene, besonders schutzbedürftige Personengruppe richten, beispielsweise an Kinder oder Senioren, ist auf die Sichtweise eines typischen Mitglieds der entsprechenden Gruppe abzustellen.

In das UWG wurde eine „Schwarze Liste“ aufgenommen, die eine Aufzählung geschäftlicher Handlungen enthält, die in jedem Fall als wettbewerbsrechtlich unzulässig einzustufen sind.

Mit § 5a UWG wurde außerdem eine eigenständige Vorschrift zur „Irreführung durch Unterlassen“ geschaffen, aus der sich neue Informationspflichten für Unternehmen ergeben.

Auch weiterhin gilt es natürlich, Verstöße gegen das UWG zu vermeiden, da ggf. eine kostenpflichtige Abmahnung sowie die Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung drohen. Um jedenfalls die eindeutig benannten Wettbewerbsverstöße zu vermeiden, ist zu empfehlen, sich mit der im Anhang zu § 3 III UWG abgedruckten „Schwarzen Liste“ vertraut zu machen.

Hindert „Entlassungssperre“ den Ausspruch einer Kündigung?

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 6. November 2008, Az.: 2 AZR 935/07 die Rechtsfolgen einer nach § 17 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) erforderlichen Massenentlassungsanzeige konkretisiert. Der Leitsatz des Urteils lautet: Die Entlassungssperre nach § 18 Abs. 1 KSchG hindert weder den Ausspruch einer Kündigung nach Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit während des Laufs der Sperrfrist nach § 18 Abs. 1 oder Abs. 2 KSchG noch verlängert die Sperrfrist die gesetzlichen Kündigungsfristen.

Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung. Im April 2006 beschlossen die Gesellschafter der beklagten Arbeitgeberin die Stilllegung ihres Betriebs zum 30. September 2006 und beauftragten den Geschäftsführer der Beklagten unter anderem allen Mitarbeitern fristgerecht zu kündigen. Am 26. April 2006 zeigte die Beklagte bei der zuständigen Arbeitsagentur die beabsichtigte Massenentlassung von insgesamt 27 Mitarbeitern an. Mit Bescheid vom 24. Mai 2006 teilte die Agentur für Arbeit der Beklagten mit, die gemäß § 18 Abs. 1 KSchG festgesetzte Monatsfrist beginne am 27. April 2006 und ende am 26. Mai 2006. Mit Schreiben vom 27. April 2006 kündigte die Beklagte die Arbeitsverhältnisse aller Mitarbeiter unter Einhaltung der jeweiligen Kündigungsfrist. Beim Kläger endete diese zum 30. September 2006.

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts ist der Auffassung des Klägers, die Sperrfrist gemäß § 18 KSchG gehe nicht in der Kündigungsfrist auf, nicht gefolgt. Die Entlassungssperre hindere nämlich weder den Ausspruch einer Kündigung nach Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit noch verlängere die Sperrfrist die gesetzlichen Kündigungsfristen. Nach der gesetzlichen Formulierung des § 18 Abs. 1 KSchG könne eine Kündigung schon unmittelbar nach Erstattung (Eingang) der Anzeige bei der Agentur für Arbeit ausgesprochen werden. Die Gesetzesfassung verbiete den Ausspruch der Kündigung vor dem Ablauf der Sperrfrist auch dann nicht, wenn man unter „Entlassung“ im Sinne der Norm die Kündigungserklärung verstehe.

Das Urteil klärt damit eine offene Streitfrage im Sinne der Arbeitgeber. Die Entlassungssperre ist lediglich eine Mindestkündigungsfrist. Sie verlängert die maßgebliche Kündigungsfrist nur bei sehr kurzen Kündigungsfristen von weniger als einem Monat, insbesondere bei einer Probezeitkündigung

gemäß § 622 III BGB.

Für die Arbeitgeber ergibt sich daraus Folgendes: Sie können wie gehabt anzeigepflichtige Kündigungen unmittelbar nach Erstattung einer formal ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige aussprechen. Zu beachten ist aber, dass zunächst nicht anzeigepflichtige Entlassungen nachträglich anzeigepflichtig werden können, wenn innerhalb eines 30-Tage-Zeitraumes weitere Entlassungen vorgenommen werden und dann insgesamt die maßgeblichen Schwellenwerte überschritten werden. Dann werden die vor der Anzeige ausgesprochenen Kündigungen nachträglich unwirksam. Daher ist sorgfältige Planung geboten.

Urlaubsabgeltung bei Krankheit

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) beschäftigt sich in seinem Urteil vom 20. Januar 2009, Az.: C 350/06 mit der Urlaubsabgeltung in Bezug auf Art. 7 Abs. 1 und 2 der RL 2003/88. Arbeitnehmer haben auch dann Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Jahresurlaubs, wenn sie während des gesamten Kalenderjahres einschließlich des Übertragungszeitraumes arbeitsunfähig sind. Dies ist auch der Fall, wenn die Arbeitsunfähigkeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses andauert.

Sachverhalt

Die Streitigkeit betrifft einen Arbeitnehmer als Kläger und seinen ehemaligen Arbeitgeber. Ab September 2004 war der Arbeitnehmer fortlaufend bis zum 30. September 2005, dem Zeitpunkt, zu dem sein Arbeitsverhältnis endete, krankgeschrieben. Der Antrag des Klägers auf Gewährung des Jahresurlaubs für das Jahr 2004 wurde abgelehnt, da er nicht dienstfähig gewesen sei. Der Arbeitnehmer erhob Klage auf Abgeltung des nicht genommenen Jahresurlaubs für die Jahre 2004 und 2005. Der Arbeitgeber macht geltend, dass die Arbeitsunfähigkeit des Betroffenen noch über den Übertragungszeitraum gemäß § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) fortbestehe und die Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub nach deutschem Recht verfallen seien (Unerfüllbarkeit der Urlaubsansprüche). Daher habe der Kläger keinen Abgeltungsanspruch. Das Arbeitsgericht (ArbG) Düsseldorf wies die Klage ab. Das Berufungsgericht LAG Düsseldorf (Landesarbeitsgericht) legte die Auslegungsfragen dem EuGH vor. Es hatte Zweifel, ob die deutsche BAG Rechtsprechung (Bundesarbeitsgericht) mit europäischem Recht vereinbar ist.

Vorlagefragen

Der EuGH sollte überprüfen, ob einzelstaatliches Recht regeln kann, dass der Urlaubsanspruch erlischt, wenn Arbeitnehmer im Urlaubsjahr vor der Urlaubsgewährung arbeitsunfähig erkranken und vor Ablauf des Urlaubsjahrs bzw. des Übertragungszeitraums ihre Arbeitsfähigkeit nicht wiedererlangen. Außerdem war Vorlagegegenstand die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Arbeitnehmer in einem solchen Fall Anspruch auf eine

Abgeltung des bei Vertragsende nicht genommenen Urlaubs hat. Für den Fall, dass der Gerichtshof diese Fragen bejaht, war weiter zu klären, ob der Urlaubs- oder Abgeltungsanspruch voraussetzt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich im Urlaubsjahr gearbeitet hat.

Rechtliche Würdigung

Der EuGH bestätigt seine Rechtsprechung, wonach der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Europäischen Gemeinschaft ist. Von diesem Grundsatz dürfe nicht abgewichen werden. Die Mitgliedstaaten dürfen diesen nur innerhalb enger Grenzen umsetzen. Der Arbeitnehmer muss über eine tatsächliche Ruhezeit verfügen können, damit seine Sicherheit und Gesundheit wirksam geschützt wird. Nur falls das Arbeitsverhältnis beendet wird, kann der Jahresurlaub finanziell abgegolten werden.

1. Über den Bezugs- oder Übertragungszeitraum andauernde Krankheit

Der EuGH beschäftigte sich mit der Frage, ob einzelstaatliches Recht der Richtlinie 2003/88 entgegensteht, nach denen der Urlaubsanspruch bei Ablauf des Bezugs- oder Übertragungszeitraums erlischt, wenn der Arbeitnehmer während des Bezugszeitraums krankgeschrieben war und die Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses fortbestand.

Grundsätzlich sind die Modalitäten des Urlaubsanspruchs in den verschiedenen Mitgliedstaaten geregelt. Folglich wird die Frage der Festlegung eines Übertragungszeitraums, in dem ein Arbeitnehmer, der während des Bezugszeitraums keinen Urlaub nehmen konnte, noch in den Genuss des entsprechenden Jahresurlaubs kommen kann, vom nationalen Recht geregelt. Dies unterliegt jedoch bestimmten Begrenzungen: Grundsätzlich sind Arbeitsversäumnisse aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, wie z.B. Krankheit, als Dienstzeit anzurechnen. Außerdem wird nicht zwischen Arbeitnehmern, die wegen einer Krankschreibung während des Bezugszeitraums der Arbeit ferngeblieben sind, und solchen, die während dieses Zeitraums tatsächlich gearbeitet haben, unterschieden. Daraus folgt weiter, dass ein Mitgliedstaat den Urlaubsanspruch bei krankgeschriebenen Arbeitnehmern nicht davon abhängig machen kann, ob sie im Bezugszeitraum tatsächlich gearbeitet haben.

Mit einer Vorschrift, die einen Übertragungszeitraum für am Ende des Bezugszeitraums nicht genommenen Jahresurlaub vorsieht, wird grundsätzlich das Ziel verfolgt, dem Arbeitnehmer, der seinen Jahresurlaub nicht nehmen konnte, eine Möglichkeit zu eröffnen, diesen anzutreten. Die Festlegung eines solchen Zeitraums fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die auch bestimmen können, dass nicht

genommener Urlaub am Ende eines Bezugs- oder Übertragungszeitraums verfällt. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit hatte, den Urlaubsanspruch auszuüben, da sonst das gewährte Recht auf Mindesturlaub selbst beeinträchtigt wäre. Die Ausübung ist bei einem Arbeitnehmer, der während des gesamten Bezugszeitraums und über den im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraum hinaus krankgeschrieben ist, zu keiner Zeit möglich. Die Mitgliedstaaten können die Entstehung und das Erlöschen des Urlaubsanspruches nicht von einer unvorhersehbaren Voraussetzung abhängig machen. Eine anders lautende Regelung würde europäischem Recht zuwiderlaufen.

2. Abgeltung für nicht genommenen Jahresurlaub

Grundsätzlich hat jeder Arbeitnehmer Anspruch auf einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Hiervon kann nicht abgewichen werden. Aus Ziffer 1. ergibt sich, dass der Anspruch auf Jahresurlaub nicht erlöschen kann, wenn dieser aufgrund einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Bezugs- oder Übertragungszeitraum nicht genommen werden kann. Wenn das Arbeitsverhältnis dann endet, ist es nicht mehr möglich, bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Um zu verhindern, dass dem Arbeitnehmer der Urlaubsanspruch verwehrt wird, kann der Arbeitnehmer dann eine finanzielle Abgeltung verlangen. Einzelstaatliches Recht kann nicht regeln, dass dem Arbeitnehmer eine Urlaubsabgeltung nicht zu zahlen ist.

Der EuGH behandelt sodann die Frage, wie die finanzielle Vergütung zu berechnen ist. Dies leitet der EuGH aus seiner Rechtsprechung her. Bezahlter Jahresurlaub bedeutet danach, dass das Arbeitsentgelt für die Dauer des Jahresurlaubs weiterzugewähren ist, der Arbeitnehmer also das gewöhnliche Arbeitsentgelt erhalten muss. Der Arbeitnehmer soll während des Urlaubs in eine Lage versetzt werden, die in Bezug auf das Entgelt mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist. Für die Berechnung der Abgeltung ist also das gewöhnliche Arbeitsentgelt maßgebend.

Ausblick

Das Urteil klärt die Auslegungsfragen im Sinne der Arbeitnehmer. Dem Arbeitnehmer steht eine Abgeltung des krankheitsbedingt nicht genommenen Urlaubs zu, auch wenn die Krankheit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses andauert. Dies bezieht sich jedoch lediglich auf den gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen gemäß § 3 Abs. 1 BUrlG.

AKTUELLES

Veranstaltungshinweis: Real Estate Breakfast in München am 9. Juli 2009 zu dem Thema „Performanceverbesserung von Beständen“

Seit 2007 führt SIBETH an den Standorten München (The Charles Hotel) und Frankfurt (Steigenberger Hotel Frankfurter Hof) in regelmäßigem Abstand unter den übergreifenden Marken „Capital Markets Breakfast“ (Frankfurt), „Corporate Breakfast“ und „Real Estate Breakfast“ (München) ca. einstündige Informations- und Networkingveranstaltungen für interessierte Marktteilnehmer und Mandanten durch. Im Rahmen dieser Veranstaltungen werden jeweils morgens ab 8 Uhr begleitend zu einem Business-Frühstück aktuelle Themen aus den Bereichen des Gesellschafts-, Übernahme- und Kapitalmarktrechts, des Steuerrechts sowie des Finanz- und Immobilienrechts im Rahmen von einleitenden Kurzvorträgen vorgestellt und mit den Teilnehmern diskutiert.

Die bislang behandelten Themenkreise reichen von Fragen des Real Estate Restructuring über den Kreditnehmerschutz versus Refinanzierung und die Besonderheiten des Kaufs und Verkaufs von Projektentwicklungen bis hin zur Erörterung von Anreizsystemen für nachhaltiges Bauen sowie des Energiemanagements im Contracting.

Das nächste Real Estate Breakfast zu dem Thema „Performanceverbesserung von Beständen“ findet am 9. Juli 2009 ab 8 Uhr im Münchener The Charles Hotel statt. In diesem Rahmen wird Herr Rechtsanwalt Dr. André Körtgen einen Kurzvortrag zu dem Thema „Optimierung der Bilanzstruktur – Fallstricke in der Finanzierung von Objektgesellschaften“ halten. Ferner freuen wir uns, Herrn Friedrich Thiele, Mitglied des Vorstandes der Colonia Real Estate AG, für einen Vortrag zu dem Themenkreis „Real Estate Restructuring – Zwangsverwaltung oder Insolvenz?“ gewonnen zu haben.

Die Teilnahme erfolgt jeweils auf persönliche Einladung. Bitte wenden Sie sich hierfür per Email an:

veranstaltungen-frankfurt@sibeth.com bzw.
veranstaltungen-munich@sibeth.com

oder per Telefon:

069 7158996-0 (Frankfurt) bzw.
089 38808-0 (München).

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
www.sibeth.com

SIBETH Frankfurt
An der Hauptwache 7
60313 Frankfurt a.M.
Tel. +49 69 71 58 99 60
frankfurt@sibeth.com
www.sibeth.com

SIBETH Berlin
Schlüterstraße 38
10629 Berlin
Tel. +49 30 88 71 60 80
berlin@sibeth.com
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. Andreas Kloyer