

**BRANDI DRÖGE PILTZ HEUER & GRONEMEYER  
R E C H T S A N W Ä L T E**

Elsa-Brändström-Str. 1 u. 3  
33602 Bielefeld  
Tel.: (0521) 96535-0  
Fax: (0521) 96535-99  
E-Mail: Bielefeld@bdphg.de

Lindenweg 2  
32756 Detmold  
Tel.: (05231) 9857-0  
Fax: (05231) 9857-50  
E-Mail: Detmold@bdphg.de

Thesings Allee 3  
33332 Gütersloh  
Tel.: (05241) 5358-0  
Fax: (05241) 5358-40  
E-Mail: Guetersloh@bdphg.de

Alte Brauerei 1-3  
33098 Paderborn  
Tel.: (05251) 7735-0  
Fax: (05251) 7735-99  
E-Mail: Paderborn@bdphg.de

Stresemannstr. 111  
10963 Berlin  
Tel.: (030) 254496-0  
Fax: (030) 254496-50  
E-Mail: Berlin@bdphg.de

Ferdinand-Lassalle-Str. 2  
04109 Leipzig  
Tel.: (0341) 2118350  
Fax: (0341) 2118352  
E-Mail: Leipzig@bdphg.de

71, Rue du Faubourg St.Honoré  
F-75008 Paris  
Tel.: (0033-1) 42666861  
Fax : (0033-1) 42668901  
E-Mail: wenernergie@wenernergie.com

[www.bdphg.de](http://www.bdphg.de)

# NEUE RECHTSENTWICKLUNGEN

13. Jahrgang Nr. 3

Dezember 2005

## EDITORIAL

Der letzte Mandantenrundbrief des Jahres wird eröffnet von unserem Gütersloher Partner *Dr. Jürgen Buchmüller*, der über beachtliche Änderungen im deutschen Kartellrecht berichtet. *Dr. Jörg König* (Bielefeld) bringt Sie mit zwei Hinweisen zu aktuellen Urteilen auf den neuesten Stand im Bereich der Gewerberaummiete. Nach einigen Kurzberichten zum gewerblichen Rechtsschutz erläutert *Dr. Sören Kramer* (Detmold) die Risiken, die sich für Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Falle der unwiderruflichen Freistellung von der Arbeit ergeben können. Im Anschluss an die Beiträge von *Dr. Christian Behrendt* (Detmold) zum Lastschriftverfahren und von *Martin Wallraff* (Leipzig) zum jüngst ergangenen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Zweitwohnungssteuer schließt der Brief mit aktuellen Kurzberichten zum Recht der GmbH, die aus der Feder unseres Detmolder Partners *Dr. Helmut Dröge* stammen.

Wir wünschen allen unseren Mandanten und Lesern  
ein gesegnetes Weihnachtsfest  
und ein glückliches und erfolgreiches neues Jahr!

Die in den folgenden Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und wollen eine anwaltliche Einzelberatung nicht ersetzen. Sie sollen vielmehr als Denkanstöße und Problemorientierungen verstanden werden. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion des Mandantenrundbriefes gerne zur Verfügung (Email-Kontakt: [kramer@bdphg.de](mailto:kramer@bdphg.de)).

## INHALTSÜBERSICHT

Die 7. GWB-Novelle – Weitreichender Systemwechsel im deutschen Kartellrecht .....	2
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Eintragungsfähigkeit sogenannter Handelsdienstleistungsmarken .....	4
Gewerberaummiete: Umlage der Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung .....	5
Gewerberaummiete: Minderung oder Kündigung bei zu geringer Fläche .....	6
Doch kein Freibrief für unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen.....	7
Beginn der Registrierung von .eu-Domainnamen .....	8
Arbeitsrecht: Unangenehme sozialversicherungsrechtliche Folgen der Freistellung.....	10
Arbeitsrecht: Neues zur Befristung von Arbeitsverhältnissen .....	12
Neues zum Lastschriftverfahren.....	14
Bundesverfassungsgericht erklärt Zweitwohnungssteuer für Verheiratete für verfassungswidrig.....	16
Zur Abgrenzung von Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit bei Liquiditätsproblemen.....	17
Haftungsrisiken bei Arbeitnehmerüberlassung.....	18
Bekanntmachungspflichten bei der GmbH - gesetzliche Neuregelung .....	19
Wir über uns .....	20

---

### **Die 7. GWB-Novelle – Weitreichender Systemwechsel im deutschen Kartellrecht**

Am 01.07.2005 ist das 7. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (7. GWB-Novelle) in Kraft getreten, das wesentliche Änderungen des deutschen Kartellrechts mit sich bringt. Damit ist eine Anpassung des deutschen an das modernisierte europäische Kartellrecht erfolgt, insbesondere an die seit Mai 2004 geltende neue EG-Kartellverfahrensordnung (VO 1/2003).

Sah das deutsche Recht bisher nur horizontale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen als grundsätzlich unzulässig an und vertikale nur im Bereich der Preis- und Konditionenbindung,

enthält der neue § 1 GWB nach dem Vorbild von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag ein allgemeines Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Verboten ist also alles, was nicht nach dem Prinzip der Legalausnahme erlaubt ist. Zentraler Freistellungstatbestand ist dabei § 2 Abs. 1 GWB, der eine dem Artikel 81 Abs. 3 EG nachgebildete Generalklausel enthält. Danach sind Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt, wenn sie unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder – verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. § 2 Abs. 2 GWB schreibt vor, dass bei der Anwendung von Abs. 1 die Verordnungen des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und auf einander abgestimmte Verhaltensweisen entsprechend gelten. Damit ist europäisches Recht auch auf rein nationale Sachverhalte anzuwenden. Insbesondere sind die verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen zur Prüfung heranzuziehen.

Das bisherige Anmelde- und Freistellungsverfahren vor den Kartellbehörden für potentiell wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen wurde abgeschafft. Die Unternehmen haben also zukünftig eigenverantwortlich zu prüfen, ob die von ihnen praktizierten Vereinbarungen rechtlich zulässig sind. Bisherige gesetzliche Freistellungen, zum Beispiel für Normen- oder Konditionenkartelle, werden ebenso wie behördliche Freistellungsverfügungen, zum Beispiel für Rationalisierungskartelle, nach einer Übergangsfrist bis zum 31.12.2007 unwirksam und bieten dann keinen Schutz mehr gegen behördliches Einschreiten oder ein Vorgehen Dritter. Eine auf Antrag erfolgende kartellbehördliche Prüfung in einem formellen Verfahren mit anschließender Entscheidung findet also nicht mehr statt.

Die Anwendung europäischen Rechts auch auf nationale Sachverhalte führt dazu, dass das deutsche Recht im Bereich vertikaler Absprachen teils strenger und teils liberaler wird. Preisempfehlungen, Höchstpreisbindungen und Meistbegünstigungsklauseln sind entgegen früherer Rechtslage grundsätzlich zulässig. Strengere Anforderungen gelten hingegen für Wettbewerbsverbote und Gebietsbeschränkungen im Vertrieb. Wettbewerbsverbote sind nur noch zulässig, wenn sie auf einen Zeitraum von fünf Jahren begrenzt sind. Bei Gebietsbeschränkungen ist zukünftig zwischen aktivem und passivem Verkauf zu unterscheiden. Eine Beschränkung passiven Verkaufs, also des Verkaufs an Kunden außerhalb eines zugewiesenen Vertriebsgebietes auf eigeninitiative Bestellung des Kunden, ist nicht mehr zulässig.

Der Bußgeldrahmen wurde für schwere Kartellrechtsverstöße von 500.000,00 € auf 1 Mio. € erhöht, für leichtere Verstöße von 25.000,00 € auf 100.000,00 €. Darüber hinaus kann

gegen Unternehmen eine Geldbuße von bis zu 10 % ihres im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängt werden.

Um zu vermeiden, dass in Fällen, in denen durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen Geschädigte keinen Schadensersatzanspruch geltend machen, die wirtschaftlichen Vorteile des Kartellverstoßes beim Verletzer verbleiben, sieht § 34 GWB nunmehr erweiterte Möglichkeiten einer Vorteilsabschöpfung durch Anordnung der Kartellbehörde vor.

Die Möglichkeiten Dritter, gegen Kartellverstöße vorzugehen, wurde mit § 33 GWB wesentlich ausgedehnt. Jeder, der als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch einen Verstoß beeinträchtigt ist, kann Beseitigung und Unterlassung verlangen. Der Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung kann ferner geltend gemacht werden von bestimmten rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen.

Dr. Jürgen Buchmüller  
Gütersloh

## **Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Eintragungsfähigkeit so genannter Handelsdienstleistungsmarken**

Nach § 3 Abs. 1 des Deutschen Markengesetzes können als Marke alle Zeichen eingetragen werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Wie der Begriff der Dienstleistung im Sinn dieser Vorschrift auszulegen ist, war lange Zeit umstritten. Überwiegend wurde die Auffassung vertreten, dass die Dienstleistung einen wirtschaftlich selbständigen Unternehmensbereich darstellen und als ein eigenständiges Angebot auf dem Markt erscheinen muss. Bloße Nebenleistungen zum Warenabsatz sollten daher keine eigene Dienstleistung darstellen. Leistungen eines Handelsunternehmens beim Absatz von Waren wie etwa Preisgestaltung, qualitative Auswahl der Waren, Dekoration und Pflege des Images der Verkaufsstätte sowie die Werbung und Durchführung selbständiger Werbeveranstaltungen für die Handelsware wurden überwiegend als solche Nebenleistungen angesehen.

Dem folgend hatte das Deutsche Patent- und Markenamt die von der Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte AG für die Dienstleistung „Einzelhandel mit Bau-, Heimwerker- und Gartenartikeln und anderen Verbrauchsgütern für den Do-it-yourself-Bereich“ angemeldete Marke „Praktiker“ nicht eingetragen. Der Begriff „Einzelhandel“ bezeichne keine selbständigen Dienstleistungen von eigenständiger wirtschaftlicher Bedeutung. Er betreffe nur den Vertrieb von Waren als solchen. Die wirtschaftlichen Tätigkeiten, die den Kernbereich des Warenvertriebs ausmachten, seien keine Dienstleistungen, für die die Eintragung einer Marke in Betracht komme.

Nach Beschwerde hat das Bundespatentgericht die Sache dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung vorgelegt. Dieser hat mit Urteil vom 05.07.2005 entschieden, dass der Einzelhandel neben dem Rechtsgeschäft des Kaufvertrags die gesamte Tätigkeit, die ein Wirtschaftsteilnehmer entfaltet, um zum Abschluss eines Geschäftes anzuregen, umfasst. Diese Tätigkeit bestehe insbesondere in der Auswahl eines Sortiments von Waren, die zum Verkauf angeboten werden, und im Angebot verschiedener Dienstleistungen, die einen Verbraucher dazu veranlassen sollen, den Kaufvertrag mit diesem Händler statt mit einem seiner Wettbewerber abzuschließen. Weder aus der ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken noch aus allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts ergebe sich ein zwingender Grund dagegen, diese Leistungen unter den Begriff „Dienstleistungen“ zu fassen und dem Händler damit das Recht zu geben, durch die Eintragung den Schutz seiner Marke als Hinweis auf die Herkunft der von ihm erbrachten Dienstleistungen zu erlangen. Der Begriff der „Dienstleistungen“ umfasse also auch solche Leistungen, die im Rahmen des Einzelhandels mit Waren erbracht werden. Für die Zwecke der Eintragung einer Marke für Dienstleistungen, die im Rahmen des Einzelhandels erbracht werden, sei es auch nicht notwendig, diese zu konkretisieren. Es genüge, beim Eintragungsantrag allgemeine Formulierungen wie „Zusammenstellen verschiedener Waren, um dem Verbraucher Ansicht und Erwerb dieser Waren zu erleichtern“ zu verwenden. Allerdings sei vom Anmelder zu verlangen, dass er die Waren oder die Arten von Waren, auf die sich diese Dienstleistungen beziehen, mittels weiterer Angaben konkretisiert.

Mit dieser Entscheidung ist die bisher restriktive Praxis bei der Eintragung von Handelsdienstleistungsmarken nicht mehr aufrecht zu erhalten. Nahezu jedes Handelsunternehmen wird jetzt für sich die Eintragung einer Marke nach deutschem Markenrecht erreichen können.

Dr. Jürgen Buchmüller  
Gütersloh

### **Gewerberaummiete: Umlage der Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung**

Der BGH hat für ein Einkaufszentrum entschieden, dass die formularmäßige Auferlegung der Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen auf den Mieter unangemessen und deshalb unwirksam sei, jedenfalls wenn die Kostenbelastung nicht der Höhe nach beschränkt ist.

Die Begründung ist sehr formal. Nach dem Gesetz sei es Sache des Vermieters, das Mietobjekt in Stand zu halten und in Stand zu setzen, also die Kosten zu tragen, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen und sonstigen Mängel ordnungsgemäß

zu beseitigen (Instandhaltung). Auch müsse der Vermieter in der Regel die Kosten aus Reparatur und Wiederbeschaffung tragen (Instandsetzung). Im Rahmen der Gewerberaummiete könne diese Verpflichtung formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Laut BGH findet dies aber dort seine Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird, denn dann würden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch ihn veranlasst sind und nicht in seinen Risikobereich fallen. Er finde in der Regel bei Vertragsbeginn einen gebrauchten Zustand vor und müsse deshalb unter Umständen Kosten für die Behebung von anfänglichen Mängeln oder anfänglich vorhandenen Abnutzungen tragen, ebenso die Kosten für Schäden, die durch Dritte verursacht wurden, für deren Handeln er nicht haftet. Es könnten nicht vorhersehbare Kosten entstehen. Die erforderliche Begrenzung könne beispielsweise durch Vereinbarung eines festen Prozentsatzes der Jahresmiete erfolgen (BGH, Urteil vom 06.04.2005 – XII. ZR 158/01).

Diese Rechtsprechung betrifft nicht nur Einkaufszentren, sondern sämtliche Objekte, in denen mehrere Mieter gemeinschaftlich Teile des Gebäudes und seiner Anlagen (z.B. auch Heizung, Lüftung) nutzen und die entsprechenden Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten auf die Mieter umgelegt werden. Es empfiehlt sich, durch Nachtragsvereinbarung – bei Verträgen mit einer Restlaufzeit von mehr als einem Jahr unbedingt schriftlich – die Höhenbegrenzung nachträglich zu vereinbaren, um nicht über die Folgen der Unwirksamkeit einer solchen Klausel streiten zu müssen. Im Streitfall besteht nämlich das Risiko der alleinigen Kostentragung durch den Vermieter oder einer Änderung der Miete nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Dr. Jörg König  
Bielefeld

### **Gewerberaummiete: Minderung oder Kündigung bei zu geringer Fläche**

Der BGH hat seine Rechtsprechung zur Wohnungsmiete, dass eine um 10 % zu geringe Mietfläche zur Minderung berechtigt, auch auf den Bereich der Gewerberaummiete ausgedehnt.

Liege ein Flächendefizit von 10 % im Vergleich zur vertraglich vereinbarten Fläche vor, begründe dies die tatsächliche Vermutung dafür, dass die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts beeinträchtigt sei. Es liege ein Fehler der Mietsache vor, weil der tatsächliche Zustand von dem vertraglich vereinbarten abweiche. Die Beschreibung der Mieträume im Mietvertrag stelle eine verbindliche Vereinbarung der Beschaffenheit des Mietobjekts bezüglich Größe, Raumgestaltung und Zuschnitt dar. Ob eine Beeinträchtigung erheblich sei, bestimme sich nach der Verein-

barung der Parteien über die Beschaffenheit der Mieträume. Insoweit sei daher nicht darauf abzustellen, ob das Mietobjekt dem gewerblichen Zweck generell dienen könne, sondern ob die Abweichung vom vertraglich vereinbarten Zustand den Gebrauch der Mietsache einschränke. Das sei bei einer Flächenabweichung von 10 % zu bejahen. Die Miete bei Geschäftsräumen richte sich regelmäßig nach der Betriebsfläche, so dass deren Größe für den Nutzwert wesentliche Bedeutung habe. Der Mieter dürfe deshalb unter Umständen sogar kündigen. Im konkreten Fall brauchte der BGH dies nicht zu entscheiden.

Um derartige Streitigkeiten zu vermeiden, sollten die Parteien im Mietvertrag vereinbaren, nach welcher Berechnungsmethode die Flächengröße zu berechnen ist (hier gibt es verschiedene Möglichkeiten). Es sollte auch eine Toleranzgrenze vereinbart werden, bis zu deren Erreichen Abweichungen unbeachtlich sind. Diese Grenze sollte allerdings kleiner als 10 % sein, zumindest in Formularverträgen. (BGH, Urteil vom 04.05.2005 – XII. ZR 254/01).

Dr. Jörg König  
Bielefeld

## **Doch kein Freibrief für unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen**

Der Bundesgerichtshof hat durch seinen Großen Senat, der immer dann angerufen wird, wenn einzelne Senate zu einer Rechtsfrage unterschiedlicher Auffassung sind, entschieden, dass die unbegründete Verwarnung aus einem Kennzeichenrecht ebenso wie eine sonstige unberechtigte, auf ein Schutzrecht gestützte Verwarnung entgegen der Meinung des I. Zivilsenats einen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen und zum Schadensersatz verpflichten kann.

Dahinter verbirgt sich Folgendes:

Wenn jemand seine Kunden mit Ware beliefert, kommt es immer wieder vor, dass ein Dritter behauptet, das sei rechtswidrig und unzulässig, weil damit gegen seine Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Marken- oder sonstigen Rechte verstoßen werde. Besonders beliebt ist es insoweit, nicht (nur) den Lieferanten abzumahnern, sondern nur oder auch dessen Kunden. Damit werden gleich mehrerer Ziele verfolgt: Der Endkunde soll verunsichert werden mit dem Ziel, zukünftig bei dem angeblich allein berechtigten Abmahner zu bestellen. Zugleich soll über den Endkunden Druck auf den Wettbewerber ausgeübt werden, damit dieser seine Lieferungen etc. sofort einstellt. Schließlich sollen diesem auf dem Umweg über den Endkunden zusätzliche (Abmahn-) Kosten verursacht werden.

Seit den Zeiten des Reichsgerichts hatten die Gerichte – auch der BGH – entschieden, dass eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung einen rechtswidrigen Eingriff in die geschützte Rechtsposition sowohl des liefernden Wettbewerbers als auch dessen Kunden darstellen kann, nämlich in den sog. eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Besonders gravierend seien die Fälle, in denen der Endkunde abgemahnt werde, weil der regelmäßig kein nachhaltiges Interesse daran habe, sich mit dem Abmahnenden darüber auseinander zu setzen, ob die Abmahnung berechtigt ist. Andererseits müsse es demjenigen, dessen Schutzrecht verletzt wird, natürlich auch möglich sein, dies geltend zu machen.

Der für Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des BGH hatte in jüngerer Zeit die Auffassung vertreten, eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung dürfe normalerweise nicht zu einer Haftung des Schutzrechtsinhabers führen. Dem hat der Große Senat nunmehr entschieden widersprochen. Die Tatsache, dass es stets zulässig sei, seine vermeintlichen Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, ohne dass sich allein aus dieser gerichtlichen Geltendmachung eine Haftung ergebe, nur weil die Klage abgewiesen werde, führe nicht dazu, die nur mit einem im Vergleich zur Klage wesentlich geringeren Aufwand verbundene Abmahnung genauso zu behandeln. Dass die Beurteilung der Rechtslage schwierig sei, stehe einer Haftung nicht entgegen. Denn gerade weil die Grenzen des Schutzrechts oft schwierig festzustellen seien, gelinge es dem Abmahnenden dadurch nicht selten, unberechtigte Vorstellungen durch die Abmahnung durchzusetzen. Gegebenenfalls biete sich das Rechtsinstitut des Mitverschuldens zur Korrektur an. Dies dürfe allerdings nicht zu wohlwollend zugunsten des Abmahnenden praktiziert werden (BGH, Großer Senat, Urteil vom 15.07.2005 – GSZ 1/04).

Im Ergebnis gilt also (wieder) der Grundsatz, dass Schutzrechtsverwarnungen, insbesondere wenn sie an die Abnehmer des Wettbewerbers adressiert sind, gut überlegt sein wollen. Wer sich unsicher ist, sollte nicht zu forsch Unterlassung fordern, um nicht mit Schadensersatzansprüchen konfrontiert zu werden.

Dr. Jörg König  
Bielefeld

## **Beginn der Registrierung von .eu-Domainnamen**

Ab dem 07.12.2005 ist die Registrierung von .eu-Domainnamen möglich. Vergabestelle ist die EURid mit Sitz in Belgien. Für die Registrierung dort muss sich der Anmelder einer zugelassenen .eu-Registrierungsstelle bedienen. EURid darf selbst keine direkten Registrierungen entgegennehmen.

Die Registrierung eines .eu-Domainnamens ist möglich für Unternehmen, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Europäischen Gemeinschaft haben, für in der europäischen Gemeinschaft niedergelassene Organisationen unbeschadet der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften und für natürliche Personen mit Wohnsitz innerhalb der Europäischen Gemeinschaft.

Die Registrierung erfolgt in drei Phasen. In der ersten Phase vom 07.12.2005 bis 07.02.2006 können öffentliche Einrichtungen und Inhaber eingetragener Marken die Eintragung folgender Domainnamen beantragen:

- der vollständige Name einer öffentlichen Einrichtung,
- das Akronym, unter dem eine öffentliche Einrichtung allgemein bekannt ist,
- sofern anwendbar, das Gebiet, das einer öffentlichen Einrichtung untersteht
- registrierte nationale und Gemeinschaftsmarken und
- geografische Angaben.

In der zweiten Phase vom 07.02.2006 bis 07.04.2006 können dann folgende Domainnamen beantragt werden:

Die in der ersten Phase angeführten Namen sowie andere nach dem jeweiligen Recht eines Mitgliedstaates geschützte Rechte wie etwa

- Unternehmensnamen,
- Geschäftsbezeichnungen,
- charakteristische Titel geschützter literarischer und künstlerischer Werke,
- nicht eingetragene Marken und
- Handelsnamen.

Danach folgt dann die allgemeine Registrierung aller bis dahin noch nicht angemeldeter Domainnamen.

Ein Domainname mit der top-level-domain „.eu“ wird für die Dauer jeweils einen Jahres registriert. Die Vergabestelle stellt der zugelassenen .eu-Registrierungsstelle für jede Registrierung 10,00 € in Rechnung.

Dr. Jürgen Buchmüller  
Gütersloh

## **Arbeitsrecht: Unangenehme sozialversicherungsrechtliche Folgen der Freistellung**

Gegenstand von Aufhebungs- bzw. Abwicklungsverträgen, die anlässlich der Beendigung von Arbeitsverhältnissen geschlossen werden, ist sehr häufig die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung bis zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Vorteil für den Arbeitgeber liegt darin, dass er den ihm unliebsamen Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung aus dem Betrieb entfernt hat, obwohl das Arbeitsverhältnis noch unter Umständen mehrere Monate fortbesteht. Der Arbeitnehmer hingegen profitiert ebenfalls von der Freistellung: Er behält seinen Anspruch auf Vergütung einschließlich der damit (bislang) verbundenen sozialen Absicherung. Gleichzeitig erhält er die Möglichkeit, entweder bereits einer neuen Tätigkeit nachzugehen oder jedenfalls sich mit voller Arbeitskraft der Suche nach einem neuen Arbeitsverhältnis zu widmen.

Diese weit verbreitete Praxis ist neuerdings mit einem hohen Risiko für den Arbeitnehmer aber auch für den Arbeitgeber behaftet. Entsprechend dem Besprechungsergebnis der Spitzenorganisation der Sozialversicherungsträger vom 05. und 06.07.2005 soll das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis jedenfalls im Falle der unwiderruflichen Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung bereits mit dessen letztem Arbeitstag und nicht erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses enden.

In der Vergangenheit hatte das Bundessozialgericht bereits mehrfach deutlich gemacht, dass das Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechtes nicht identisch mit dem Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts ist. So hatte das Bundessozialgericht festgestellt, dass eine gegenüber dem Arbeitnehmer verhängte Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe bereits mit der Beschäftigungslosigkeit, d. h. mit Beginn eines eventuellen Freistellungszeitraumes, beginnt. Für den Arbeitnehmer war dies insoweit von Vorteil, als er die ihm gegenüber verhängte Sperrzeit durch den Bezug weiteren Arbeitsentgeltes bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses überbrücken konnte.

Nunmehr möchten die Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger diese Bewertung aus dem Leistungsverhältnis auch auf das Beitragsverhältnis übertragen. Nach ihrer Auffassung verzichte der Arbeitgeber bei Freistellung auf die Ausübung seines Weisungsrechtes und entbinde den Arbeitnehmer endgültig von der Erbringung seiner Arbeitsleistung. Hiermit entfalle eine Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechtes. Der Arbeitgeber sei damit nicht mehr verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Tue er dies gleichwohl, bestehe ein Rück erstattungsanspruch.

Sollte sich diese Rechtsauffassung durchsetzen, hätte dies im Falle der Vereinbarung einer unwiderruflichen Freistellung zur Konsequenz, dass mit deren Aussprache gegenüber dem Arbeitnehmer die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beitragszahlung in der Sozialversicherung erlischt, der Arbeitnehmer gleichwohl noch in einem Arbeitsverhältnis mit entsprechenden Entgeltzahlungsansprüchen stünde. Für den Arbeitnehmer bedeutet dies, dass er ab Freistellung ohne Sozialversicherungsschutz wäre; lediglich im Falle der Krankenversicherung besteht der Schutz aufgrund einer Übergangsregelung im Sozialgesetzbuch V (SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung) noch einen Monat nach Erklärung der Freistellung fort.

Arbeitgeber, die ungeachtet dieser rechtlichen Entwicklung mit dem Arbeitnehmer eine unwiderrufliche Freistellung vereinbaren, laufen Gefahr, auf Zahlung von Schadensersatz durch den Arbeitnehmer in Anspruch genommen zu werden, wenn sie es unterlassen, bei Vornahme der unwiderruflichen Freistellung den Arbeitnehmer auf die ihm negativen rechtlichen Konsequenzen hinzuweisen.

Darüber hinaus ist der Arbeitgeber nach den §§ 28 a ff. SGB IV umfassend verpflichtet, neben dem Beginn auch das Ende einer versicherungspflichtigen Beschäftigung anzuzeigen. Unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger wird der Arbeitgeber – nicht zuletzt auch zur Vermeidung von Bußgeldern – künftig das Ende des Beschäftigungsverhältnisses nach dem letzten Tag der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers gegenüber der Krankenversicherung anzeigen müssen.

Aus heutiger Sicht bestehen folgende **Lösungsmöglichkeiten**:

1. Wollen die Parteien gleichwohl an einer Freistellung festhalten, ist der Arbeitnehmer gehalten zu prüfen, ob er ggf. die Versicherung als freiwillige Versicherung fortführen kann. In einem derartigen Fall sind die Beiträge allein vom Arbeitnehmer zu tragen. Der Arbeitgeber kann sich zwar verpflichten, diese Beiträge zu erstatten. Zum einen dürften die freiwilligen Beiträge aufgrund anderer Bemessungsgrundlagen in der Kranken- und Pflegeversicherung jedoch höher ausfallen als zuvor. Darüber hinaus sind die vom Arbeitgeber gezahlten Zuschüsse nicht steuerbefreit. Die führt dazu, dass die Gesamtbelastung für den Arbeitnehmer im Freistellungszeitraum steigt.

2. Im Besprechungsergebnis der Spitzenorganisation der Sozialversicherungsträger werden die angesprochenen Rechtsfolgen an eine **unwiderrufliche** Freistellung geknüpft. Ein möglicher Ausweg für die Arbeitsvertragsparteien könnte nun darin liegen, lediglich eine widerrufliche Freistellung zu vereinbaren. In einem derartigen Fall besteht allerdings für den Arbeitnehmer das Risiko, vom Arbeitgeber zur Arbeit aufgefordert zu werden. Wird die Freistellung nur widerruflich

erklärt, sind die Parteien gehalten, konkret festzulegen, in welchen Zeiträumen etwaiger Resturlaub des Arbeitnehmers zu nehmen ist. Die „automatische“ Abgeltung restlicher Urlaubsansprüche findet bei einer nur widerruflichen Freistellung nämlich nicht statt, da hier der Arbeitnehmer – jedenfalls theoretisch – jederzeit damit rechnen muss, zur Wiederaufnahme der Arbeit aufgefordert zu werden.

3. Denkbar ist es auch, dass im Abwicklungs- bzw. Aufhebungsvertrag die Freistellung überhaupt nicht erwähnt und damit nicht einvernehmlich geregelt wird. Der Arbeitgeber wird in einem derartigen Fall anschließend einseitig die Freistellung gesondert erklären. Stimmt der Arbeitnehmer dem nicht zu, bleibt es ihm nach der arbeitsrechtlichen Rechtslage unbenommen, seinen Beschäftigungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber durchzusetzen. Ob die Sozialversicherungsträger auch in einem derartigen Fall von einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ausgehen, bleibt zumindest fraglich. Auch müsste der Arbeitgeber in einem solchen Falle damit rechnen, dass der Arbeitnehmer für den Rest des Arbeitsverhältnisses in den Betrieb zurückkehren möchte.

4. In Betracht kommt schließlich noch eine von den Spitzenverbänden erwähnte weitere Gestaltung: Die Protokollierung der Freistellung in einem gerichtlichen Vergleich soll unter Berücksichtigung der individuellen Interessenlage im Einzelfall anerkannt werden. Für den unbefangenen Betrachter ist es allerdings schwer nachzuvollziehen, warum die privatschriftliche Vereinbarung im Aufhebungs- bzw. Abwicklungsvertrag andere Rechtsfolgen herbeiführen soll als die Protokollierung des identischen Regelungstextes in einem arbeitsgerichtlichen Vergleich.

Das Auseinanderlaufen von Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht birgt somit ein weiteres Mal erhebliche Risiken für die Arbeitsvertragsparteien. Zwar handelt es sich bei der referierten Rechtsauffassung derzeit lediglich um eine „Verwaltungsmeinung“ der Sozialversicherungsträger; die bisherige Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes zum Auseinanderfallen von Beschäftigungs- und Arbeitsverhältnis lässt allerdings befürchten, dass sich die Praxis darauf einstellen muss, dass diese „Verwaltungsmeinung“ ihre Bestätigung in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung finden wird. Wir werden hierüber weiter berichten.

Dr. Sören Kramer  
Detmold

## **Arbeitsrecht: Neues zur Befristung von Arbeitsverhältnissen**

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen ist ein in der betrieblichen Praxis häufig nachgefragtes Gestaltungsmittel für arbeitsvertragliche Beziehungen. Aktuelle Entwicklungen im Befristungsrecht geben Anlass für die beiden nachfolgenden Hinweise:

1. § 14 Abs. 3 des Teilzeitbefristungsgesetzes (TzBfG) sieht vor, dass die Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet haben, keines sachlichen Grundes bedarf. Kraft einer Übergangsregelung in § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG wurde die erleichterte Befristung von Arbeitsverhältnissen mit älteren Arbeitnehmern bis zum 31.12.2006 auf solche Arbeitnehmer ausgedehnt, die bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet haben.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit Urteil vom 22.11.2005 festgestellt, dass eben diese Regelung des deutschen Teilzeit- und Befristungsgesetzes, nach der mit über 52 Jahre alten Arbeitnehmern unbegrenzt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden dürfen, gegen EU-Recht verstößt. Der EuGH hat hiermit die bereits seit längerer Zeit in der Praxis bestehenden Bedenken bezüglich der Wirksamkeit der Regelung bestätigt (vgl. unseren Mandantenrundbrief aus Dezember 2004, Seite 13).

Der EuGH stellt in seinem Urteil fest, dass die Regelungen in § 14 Abs. 3 TzBfG darauf hinauslaufe, dass allen über 52 Jahre alten Arbeitnehmern unterschiedslos und unabhängig von etwaigen vorangegangenen Zeiten der Arbeitslosigkeit, befristete Arbeitsverträge angeboten werden können. Es bestehe aus diesem Grunde die Gefahr, dass die große Gruppe der über 52jährigen Arbeitnehmer von festen Beschäftigungsverhältnissen faktisch ausgeschlossen werde. Dies bedeute eine Diskriminierung wegen des Alters, die auch nicht aus arbeitsmarktpolitischen Gründen gerechtfertigt werden könne.

Ob die vorgenannten rechtlichen Einschränkungen auch für die Gruppe derjenigen Arbeitnehmer gelten, die bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages bereits das 58. Lebensjahr vollendet haben, bleibt in der Entscheidung offen.

Für die betriebliche Praxis bleibt es allerdings bei der dringenden Empfehlung, von den erleichterten Befristungsmöglichkeiten des § 14 Abs. 3 TzBfG insgesamt keinen Gebrauch zu machen und im Falle der Neueinstellung älterer Arbeitnehmer die zweijährige Höchstbefristungsdauer des § 14 Abs. 2 TzBfG zu beachten oder aber die Befristung auf einen (beweisbaren) sachlichen Grund zu stützen.

2. Eben diese allgemeine Befristungsregel des § 14 Abs. 2 TzBfG, wonach im Falle einer echten Neueinstellung das Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund für die Höchstdauer von 2 Jahren befristet werden kann, steht derzeit auf dem „politischen Prüfstand“:

Der Koalitionsvertrag der Berliner Regierungsfractionen sieht vor, die derzeit sechsmonatige Wartefrist des Kündigungsschutzgesetzes auf 24 Monate zu erstrecken. Dies würde dazu füh-

ren, dass neu eingestellte Arbeitnehmer erst nach einer Beschäftigungsdauer von 2 Jahren in den Genuss des Sonderkündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz gelangen. Im Gegenzug soll den Arbeitgebern die bisher noch bestehende Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverhältnissen bei Neueinstellungen für die Dauer von 24 Monaten gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG genommen werden.

Politisch wird für die geplante Gesetzesänderung mit dem Hinweis geworben, dass mit der Einführung der Neuregelung „Erleichterungen beim Kündigungsschutz“ geschaffen würden. Faktisch bestehen derartige Gestaltungsmöglichkeiten durch Abschluss von befristeten Verträgen für die Höchstdauer von 2 Jahren bereits heute. So bedeutet die Neuregelung auch wohl eher eine Belastung der Arbeitgeber, da das Arbeitsverhältnis ohne Befristung nicht automatisch endet, sondern es dem Arbeitgeber im Einzelfall obliegt, während der zweijährigen Beschäftigungsdauer stets den Ablauf der 24-monatigen Frist zu beachten, um gegebenenfalls noch rechtzeitig vor Fristablauf und damit rechtzeitig vor Eingreifen des Sonderkündigungsschutzes eine Kündigung auszusprechen.

Wir werden in einem der folgenden Mandantenrundbriefe über die mögliche Neuregelung ebenso berichten, wie über die weiteren gesetzgeberischen Aktivitäten der großen Koalition.

Dr. Sören Kramer  
Detmold

## **Neues zum Lastschriftverfahren**

Ende 2004 hat der Bundesgerichtshof (BGH) neue Regelungen für das Lastschriftverfahren (Einzugsermächtigungsverfahren) aufgestellt. Ein Richter des zuständigen BGH-Senats hat in einem jüngst veröffentlichten Aufsatz in einer juristischen Fachzeitschrift die Rechtsprechung erläutert und einen Ausblick auf wohl zu erwartende weitere Entwicklungen gegeben.

Danach gilt was folgt:

1. Die Belastung des Kontos des Zahlungsverpflichteten wird erst dann voll wirksam, wenn er sie genehmigt hat. Die Genehmigung kann ausdrücklich erfolgen. Wird eine solche ausdrückliche Genehmigung nicht erteilt, gilt sie dennoch dann als erteilt, wenn der Zahlungsverpflichtete der Belastung seines Kontos nicht innerhalb von 6 Wochen seit Zugang des Rechnungsabchlusses seiner Bank (regelmäßig zum Quartalsende) widerspricht.

Erfolgt ein Widerspruch, ist die Belastung des Kontos rückgängig zu machen. Das gilt dann im Ergebnis auch für die Gutschrift auf dem Konto des Zahlungsempfängers. Mit anderen Wor-

ten: Im Extremfall kann eine im Lastschriftverfahren erfolgte Gutschrift noch nach Ablauf von ca. 4 ½ Monaten rückgängig gemacht werden.

2. Im Insolvenzfall kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter der Belastung des Kontos des Zahlungsverpflichteten widersprechen. Der Insolvenzverwalter ist allerdings nicht auf einen ausdrücklich erklärten Widerspruch angewiesen. Bereits die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirkt wie ein Widerspruch (es sei denn, es liegt ein eher theoretischer Ausnahmefall vor). Das bedeutet, dass im Falle der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (in der Regel) alle im Lastschriftverfahren erfolgten Belastungen des Zahlungsverpflichteten und damit im Ergebnis auch die korrespondierenden Gutschriften bei dem Zahlungsempfänger unwirksam werden, wenn nicht zuvor eine Genehmigung im Sinne von Ziff. 1 erfolgt ist.

3. Der vorläufige Insolvenzverwalter kann allerdings die Belastung des Schuldnerkontos genehmigen. Trotz dieser erteilten Genehmigung ist er dann in der Regel in der Lage, gegen den Zahlungsempfänger vorzugehen und von diesem Herausgabe der im Lastschriftverfahren eingezogenen Beträge zu verlangen.

Für diese Variante wird sich der vorläufige Insolvenzverwalter dann entscheiden, wenn das Schuldnerkonto ohnehin einen Saldo zugunsten der Bank aufweist, das Konto also „im Minus“ ist.

Wie der vorläufige Insolvenzverwalter sich entscheidet, ist aus Sicht des Zahlungsempfängers egal. In beiden Fällen ist er zur Herausgabe des im Lastschriftverfahren eingezogenen Betrages verpflichtet.

4. Da die Zahlung im Lastschriftverfahren erst mit der Genehmigung im Sinne von Ziff. 1 voll wirksam wird, berechnen sich die Anfechtungsfristen auch erst ab diesem Zeitpunkt. Anfechtung bedeutet, dass der Insolvenzverwalter Rückzahlung des erhaltenen Betrages verlangen kann. Eine solche Anfechtung ist insbesondere für Zahlungen innerhalb eines Zeitraumes von drei Monaten vor Bestellung des Insolvenzantrages möglich.

Aus alledem folgt:

Zahlungen, die im Wege des Lastschriftverfahrens eingezogen werden, sind erst nach Ablauf eines Zeitraumes von ca. 4 ½ bis 7 ½ Monaten sicher. Vor diesem Hintergrund sollten größere Geldbeträge nicht mehr im Lastschriftverfahren eingezogen werden, insbesondere dann nicht, wenn die Bonität des Zahlungsverpflichteten zweifelhaft ist. Eine sichere Alternative zum Lastschriftverfahren stellt das so genannte Abbuchungsverfahren dar. Dieses Verfahren ist daher

aus Sicht des Zahlungsempfängers im Hinblick auf die neue Rechtsentwicklung eindeutig vorzugswürdig.

Dr. Christian Behrendt  
Detmold

### **Bundesverfassungsgericht erklärt Zweitwohnungssteuer für Verheiratete für verfassungswidrig**

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss des 1. Senates vom 11.10.2005 entschieden, dass die Erhebung einer Zweitwohnungssteuer auf die Innehabung einer aus beruflichen Gründen gehaltenen Wohnung eines nicht dauernd getrennt lebenden Verheirateten, dessen eheliche Wohnung sich in einer anderen Gemeinde befindet, die Ehe diskriminiert und deswegen gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstößt.

In den beiden vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen unterhielten die Ehepartner in Hannover und Dortmund eine Zweitwohnung, um von dort aus unter der Woche ihren Arbeitsplatz zu erreichen. An den Wochenenden und in ihrer Freizeit wohnten die Ehepartner in ihrer gemeinsamen ehelichen Wohnung an einem dritten Ort. Gemäß Meldegesetz war es den Ehepartnern nicht möglich, die jeweiligen Zweitwohnungen als Hauptwohnsitz zu deklarieren. Die Stadt Hannover erhob eine Zweitwohnungssteuer in Höhe von 8 % der Jahreskaltmiete für die Zweitwohnung, die Stadt Dortmund forderte sogar 12 % der Jahreskaltmiete.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes stellt die Erhebung der Zweitwohnungssteuer auf die Innehabung von Erwerbszweitwohnungen durch Verheiratete eine gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßende Diskriminierung der Ehe dar. Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Entscheidung der Eheleute, zusammenzuwohnen. Zur Ehe als einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft gehöre, dass diese Entscheidung zur gemeinsamen Wohnung auch bei einer beruflichen Veränderung eines Ehegatten, die mit einem Ortswechsel verbunden ist, aufrechterhalten bleibe. Ändert sich der Beschäftigungsort eines Ehegatten, habe dies in aller Regel nicht zur Folge, dass die gemeinsame Wohnung aufgegeben wird. In vielen Fällen werde der von der beruflichen Veränderung betroffene Ehegatte einen zusätzlichen Wohnsitz begründen, ohne den gemeinsamen Ehemohnsitz aufzugeben. Die Innehabung einer Zweitwohnung sei folglich die notwendige Konsequenz der Entscheidung zu einer gemeinsamen Ehemohnung an einem anderen Ort.

Staatliche Maßnahmen, die das räumliche Zusammenleben der Ehegatten erschweren, griffen in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ein. Indem die Zweitwohnungssteuer an das Halten einer Wohnung anknüpfe, die im melderechtlichen Sinne eine Zweitwohnung ist, liege ihr daher ein Steuergegenstand zugrunde, in dem sich das eheliche Zusammenleben in spezifi-

scher Weise verwirkliche. Steuerlich belastet werde die Entscheidung, die gemeinsame eheliche Wohnung nicht aufzulösen und bei Wahrung des Fortbestandes der gemeinsamen ehelichen Wohnung am bisherigen Ort nur eine Zweitwohnung am Arbeitsort zu begründen. Die Zweitwohnungssteuer stellt für das Bundesverfassungsgericht daher eine besondere finanzielle Belastung des ehelichen Zusammenlebens dar. Die Besteuerung führe zu einer nicht hinnehmbaren ökonomischen Entwertung der Berufstätigkeit an einem anderen Ort als dem der Ehemohnung, die sich erschwerend auf die Vereinbarkeit von Ehe und Berufsausübung an unterschiedlichen Orten auswirke.

Martin Wallraff  
Leipzig

### **Zur Abgrenzung von Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit bei Liquiditätsproblemen**

Nach § 64 GmbH-Gesetz haben die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber innerhalb von drei Wochen, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig wird. In einer Entscheidung vom 24.05.2005 hat der Bundesgerichtshof zu der Frage Stellung genommen, wann Zahlungsunfähigkeit vorliegt und in welchen Fällen nur eine vorübergehende Zahlungsstockung anzunehmen ist.

Der Fall: Die Buchhaltung der betroffenen GmbH ermittelte zum 9. September 1999 Verbindlichkeiten in Höhe von 2.659 TDM und liquide Mittel in Höhe von 1.122 TDM neben weiteren Aktiva in unbedeutendem Umfang. Nach diesem Zeitpunkt zahlte die GmbH an diverse Gläubiger noch 1.175 TDM, stellte jedoch Ende Dezember 1999 wegen drohender Zahlungsunfähigkeit Insolvenzantrag. Der Insolvenzverwalter vertrat den Standpunkt, die GmbH sei lange vor Beginn der Dreiwochenfrist zahlungsunfähig gewesen. Der Geschäftsführer der GmbH schulde deshalb Schadenersatz wegen verspäteten Insolvenzantrags.

Dazu stellt der BGH die folgenden Leitsätze auf:

- Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die erforderlichen Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.
- Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zah-

lungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.

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

Dr. Helmut Dröge  
Detmold

### **Haftungsrisiken bei Arbeitnehmerüberlassung**

Bei Abschluss eines wirksamen Arbeitnehmer-Überlassungsvertrages haftet der Entleiher nach § 28e Abs. 2 Sozialgesetzbuch IV (SGB IV) für die Verpflichtung des Verleihers zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Er kann jedoch die Zahlung verweigern, solange die Einzugsstelle den Verleiher nicht gemahnt hat und die Mahnfrist noch nicht abgelaufen ist. Ein vom Bundesgerichtshof am 14.07.2005 entschiedener exemplarischer Fall macht deutlich, dass sich bei einer Insolvenz des Verleihers daraus erhebliche Risiken für den Entleiher ergeben können.

Der Fall: Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verleihers schuldet der Entleiher diesem mehr als 100.000 DM. Gleichzeitig hatte die Einzugsstelle eine Forderung gegen den Verleiher wegen nicht abgeführter Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 200.000 DM. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nahm die Einzugsstelle deshalb den Entleiher wie einen Bürgen auf Zahlung in Anspruch. Der Entleiher rechnete daraufhin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Insolvenzverwalters mit den von ihm an die Einzugsstelle zu leistenden Beträgen auf.

Diese Aufrechnung erklärte der Bundesgerichtshof für unwirksam, weil vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verleihers noch keine aufrechnungsfähige Forderung des Entleihers bestanden habe, da er erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Anspruch genommen worden sei. Bis zu diesem Zeitpunkt habe er nur einen Befreiungsanspruch gegen den Verleiher gehabt.

Daraus leitet sich folgende Empfehlung ab: Zeichnet sich eine Krise bei dem Verleihunternehmen ab, so sollte ihm der Entleiher eine – relativ kurz bemessene – Frist zur Haftungsfreistellung von allen Sozialversicherungsansprüchen setzen. Läuft diese Frist vor Insolvenzeröffnung

nung ab, wandelt sich der Freistellungsanspruch nach § 250 Satz 2 BGB in einen Zahlungsanspruch um, so dass bei Eröffnung des Verfahrens eine insolvenzrechtliche Aufrechnungslage besteht.

Die bittere Konsequenz für den Entleiher in dem vom BGH entschiedenen Fall: Er muss doppelt zahlen.

Dr. Helmut Dröge  
Detmold

## **Bekanntmachungspflichten bei der GmbH - gesetzliche Neuregelung**

Durch das Justizkommunikationsgesetz vom 22.03.2005 hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 01.04.2005 die Bekanntmachungspflichten bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung neu geregelt. Nachfolgend geben wir einen Überblick über die wesentlichen für die Praxis wichtigen Bestimmungen:

1. Bekanntmachungen erfolgen stets im elektronischen Bundesanzeiger. **Daneben** kann der Gesellschaftsvertrag andere öffentliche Blätter oder elektronische Informationsmedien als Gesellschaftsblätter bezeichnen.

Von der Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger gibt es also keine Ausnahme. Zulässig ist es jedoch, alle Bekanntmachungen auf diese Art der Veröffentlichung zu beschränken.

2. Aus dem Gesetz ergeben sich insbesondere die nachfolgende Bekanntmachungspflichten

- Rückzahlung von Nachschüssen (§ 30 GmbHG);
- Mitgliederwechsel in einem fakultativen Aufsichtsrat sowie im obligatorischen Aufsichtsrat nach § 19 Mitbestimmungsgesetz (§ 52 GmbH);
- Beschluss über die Herabsetzung des Stammkapitals (§ 58 GmbHG);
- Anmeldung der Auflösung einer Gesellschaft und Verteilung ihres Vermögens (§§ 65 Abs. 2, 73 GmbHG).

Neben diesen gesetzlichen Bekanntmachungspflichten kann es solche geben, die der Gesellschaftsvertrag vorsieht.

3. Die erfolgte Bekanntmachung ist nachzuweisen. Dieser Nachweis wird erbracht durch Angabe der Internetfundstelle unter Bezug auf die Website des elektronischen Bundesanzeigers.

Darüber hinaus kann der Veröffentlichungsbeleg, der vom Bundesanzeiger nach wie vor erstellt wird, beigefügt werden. Das ist aber nicht zwingend.

Insgesamt stellt diese Neuregelung der Erfüllung von Bekanntmachungspflichten nach unserer Auffassung eine Vereinfachung gegenüber der bisherigen Rechtslage dar.

Dr. Helmut Dröge  
Detmold

## **Wir über uns**

Unter dieser Rubrik möchten wir Ihnen von Tätigkeiten und Ereignissen berichten, die ein wenig außerhalb der eigentlichen Anwaltstätigkeit liegen, mit ihr jedoch gleichwohl in Bezug stehen. Die genannten Veröffentlichungen stellen Ihnen die Autoren selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Im November 2005 konnten wir zwei Rechtsanwältinnen der Sozietät zum Erwerb des Fachanwaltstitels gratulieren:

Frau **Dr. Sandra Vyas** (Büro Paderborn) wurde von der Rechtsanwaltskammer Hamm zur „Fachanwältin für Arbeitsrecht“ ernannt. Frau **Tina Großkurth** (Büro Bielefeld) ist berechtigt, den Titel „Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht“ zu führen.

Frau **Dr. Vyas** ist darüber hinaus seit Oktober 2005 als Lehrbeauftragte der Universität Paderborn im Bereich Arbeitsrecht für die dortige Fakultät für Wirtschaftswissenschaften tätig.

Die arbeitsrechtliche Abteilung unseres Bielefelder Büros wird ab dem 01.01.2006 durch Frau **Dr. Andrea Pirscher** verstärkt. Frau Dr. Pirscher war bislang im Arbeitsrecht für eine renommierte Gütersloher Sozietät tätig.

Unser Gütersloher Partner **Dr. Franz Tepper LL.M.** ist am 7. und 8. Dezember 2005 neben anderen Experten als Referent einer Konferenz der *VDI-Nachrichten* mit dem Titel „Claims Management in der Praxis“ aufgetreten.

Unser nächstes **Mandantenseminar** zum Thema Arbeitsrecht wird am 03.03.2006 ab 9.30 Uhr im Parkhotel Gütersloh stattfinden. Das Thema der Tagung lautet: „**Einstellung von Mitarbeitern und Gestaltung von Arbeitsverträgen**“. Wir werden zu diesem Mandantenseminar noch gesondert einladen, freuen uns aber heute schon auf Ihre Teilnahme.

---