

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: wenercie@wenercie.com

www.bdphg.de

NEUE RECHTSENTWICKLUNGEN

14. Jahrgang Nr. 1

April 2006

EDITORIAL

Nach dem einleitenden Beitrag von *Dr. Buchmüller* (Gütersloh) zur Nachschusspflicht bei Publikumsgesellschaften stehen im Zentrum des ersten Mandantenrundbriefes im Jahr 2006 Artikel zum Thema IT-Recht: Wir berichten über Instrumente zur Bekämpfung des Missbrauchs von Domainnamen, über Besonderheiten beim Handel über „Google“ sowie über Rechtsfragen beim Verkauf gebrauchter Software. Im Anschluss an zwei Beiträge zu aktuellen arbeitsrechtlichen Problemen folgt der zweite Schwerpunkt, der dem Geschäftsführer der GmbH gewidmet ist. Unser neuer Kollege *Dr. Hoffmann* (Detmold) beschreibt das Haftungsdilemma des Geschäftsführers in der Krise; *Dr. König* (Detmold) berichtet über eine aktuelle Entscheidung des Bundessozialgerichts zur Rentenversicherungspflicht des Geschäftsführers. *Dr. Meyer* (Bielefeld) hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Sportwetten analysiert. Es schließt sich an ein ausführlicher Bericht unseres Paderborner Partners *Dr. Nils Gronemeyer* zur öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit großflächiger Einzelhandelsbetriebe. Der seit Mitte März 2006 bestehende Exportstopp für argentinisches Rindfleisch ist Gegenstand der Ausführungen von *Prof. Dr. Piltz* (Gütersloh); er berichtet über die vertragsrechtlichen Konsequenzen einer derartigen staatlichen Maßnahme. Wir schließen wie gewohnt mit einigen Personalien sowie Hinweisen zu unserer Arbeit außerhalb der eigentlichen anwaltlichen Tätigkeit.

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).

INHALTSÜBERSICHT

Neue Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zu geschlossenen Immobilienfonds.....	1
Außergerichtliches Schiedsverfahren als wirksames Instrument zur Bekämpfung des Missbrauchs von Domainnamen	3
Nicht jede beliebige Bezeichnung sollte als „AdWord“ bei <i>Google</i> gebucht werden	4
Der Handel mit gebrauchter Software kann unzulässig sein	5
Arbeitsrecht: Fallstricke bei der Prozessbeschäftigung	6
Arbeitsrecht: Erweiterte Mitbestimmung des Betriebsrates bei betriebsbedingten Kündigungen	8
Haftungsdilemma des Geschäftsführers einer GmbH in der Krise	11
Bundessozialgericht unterwirft Gesellschafter-Geschäftsführer der Beitragspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung	12
EuGH: Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Konzern	14
Kein Ende des staatlichen Sportwettenmonopols in Sicht	16
Zur Zulässigkeit großflächiger Einzelhandelsbetriebe	17
Exportstopp für argentinisches Rindfleisch	19
Wir über uns	21

Neue Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zu geschlossenen Immobilienfonds

Mit zwei Urteilen vom 23.01.2006 hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes zur Nachschusspflicht bei Publikumsgesellschaften Stellung bezogen. Klägerin in beiden Verfahren war eine Publikumsgesellschaft in Form einer BGB Gesellschaft, deren Zweck die Errichtung und Bewirtschaftung einer Immobilie ist. Die Beklagten waren der Gesellschaft mit einem betragsmäßig feststehenden Eigenkapital beigetreten. Nachdem die Immobilie nicht mehr die erwarteten Erträge abwarf, kam es in der Gesellschaft zu Unterdeckungen. Die Gesellschafter be-

schlossen daher mehrheitlich, dass Nachschüsse geleistet werden sollten. Die Beklagten verweigerten die beschlossenen Nachzahlungen.

Der Bundesgerichtshof hat den Beklagten Recht gegeben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass der Gesellschafter einer BGB Gesellschaft nach § 707 BGB zur Erhöhung seines vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet ist. Der Gesellschaftsvertrag könne zwar grundsätzlich davon abweichend bestimmen, dass die Gesellschafter über die eigentliche Einlageschuld hinaus weitergehende Beitragspflichten zu erfüllen haben. Dann müssten im Gesellschaftsvertrag aber Obergrenzen für Beitragserhöhungen festgelegt oder das Erhöhungsrisiko sonst in entsprechender Weise eingegrenzt werden, damit jeder Gesellschafter im Voraus zweifelsfrei ersehen kann, welche Beitragspflichten er übernimmt. Da der Gesellschaftsvertrag der Klägerin eine Eingrenzung nicht vorsah, konnten nachträgliche Beitragspflichten auch nicht durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter begründet werden.

Einem weiteren Urteil des II. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 12.12.2005 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nach dem Besuch eines Anlagevermittlers in ihrer Wohnung unterzeichneten die später Beklagten eine Beitrittserklärung zu einem in Form einer BGB Gesellschaft betriebenen geschlossenen Immobilienfonds. Die Einlage der Anleger sollte durch Bankkredit finanziert werden. Dementsprechend unterzeichneten sie Wochen später Darlehensanträge an die spätere Klägerin. Diese zahlte die Darlehensvaluten an den Treuhänder des Fonds aus. Nachdem der Fonds Not leidend geworden war, stellten die Anleger ihre Zins- und Tilgungszahlungen an die Bank ein und erklärten den Widerruf ihrer Darlehensvertragserklärungen nach § 1 HausTWG („Haustürwiderrufsgesetz“) mit der Begründung, sie seien durch den Anlagevermittler in ihrer Privatwohnung zum Abschluss des Darlehensvertrages gedrängt worden. Die klagende Bank, die nichts davon wusste, dass der Anlagevermittler die Beklagten beim erstmaligen Kontakt in ihrer Wohnung aufgesucht hatte, verlangte mit ihrer Klage Rückzahlung der Darlehensbeträge. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hätten die Beklagten mit ihrem Widerruf nach dem Haustürwiderrufsgesetz nicht durchdringen können, denn danach wurde die Haustürsituation der Bank nur dann zugerechnet, wenn sie sie kannte oder kennen musste.

Diese Rechtsprechung hat der BGH jetzt ausdrücklich aufgegeben. Das Haustürwiderrufsgesetz sei immer dann anwendbar, wenn objektiv eine Haustürsituation bestanden habe. Auf Kenntnis des Vertragspartners, der die Vertragsverhandlungen nicht selbst geführt hat, komme es nicht an. Dem Widerrufsrecht stehe auch nicht entgegen, dass die Vertragserklärungen der

Beklagten, die Darlehensanträge, selbst nicht in einer Haustürsituation abgegeben wurden. Es genüge, dass der Vertragsschluss in der Haustürsituation lediglich angebahnt worden ist. Die Klage der Bank auf Darlehensrückzahlung wurde also abgewiesen.

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller
Gütersloh

Außergerichtliches Schiedsverfahren als wirksames Instrument zur Bekämpfung des Missbrauchs von Domainnamen

Das Internet ist längst als bedeutender Vertriebskanal und Marketinginstrument anerkannt. Für die meisten Gewerbetreibenden ist daher eine Internetpräsenz – am besten mit der eigenen Marken- oder Firmenbezeichnung als Domainnamen – mittlerweile geradezu Pflicht. Gleichzeitig ist die Verletzung von Markenrechten im Internet für viele Markenrechtsinhaber ein leidiges Thema.

Ein spezielles Problem in diesem Zusammenhang ist die missbräuchliche Registrierung von Domainnamen, die mit geschützten Marken- oder Firmenbezeichnungen identisch oder diesen zum Verwechseln ähnlich sind. Häufig sind unter diesen Domainnamen dann Webseiten zu finden, die Werbung für den Wettbewerber des jeweiligen Markenrechtsinhabers betreiben. Der den Richtigen Suchende wird also zum Falschen umgeleitet. Dass damit dem tatsächlichen Rechteinhaber schwerer wirtschaftlicher Schaden zugefügt werden kann, liegt auf der Hand.

Obwohl die Rechtsverletzung in solchen Fällen offensichtlich ist, ist effektiver Rechtsschutz vor den Gerichten häufig kaum zu erreichen. Vielfach ist schon gar nicht zu ermitteln, wer in einem gerichtlichen Verfahren der Beklagte sein soll. Es gibt Diensteanbieter, die für Kunden missbräuchliche Domainnamen unter dem eigenen Namen registrieren lassen und jegliche Auskunft bezüglich der Identität des eigentlichen Inhabers verweigern. Häufig haben diese Diensteanbieter und die eigentlichen Inhaber ihren Sitz im Ausland. Wenn es überhaupt gelingt, gegen sie im Inland einen gerichtlichen Titel zu erstreiten, folgen dann oft kaum überwindbare Probleme bei der Vollstreckung dieses Titels im Ausland. Ruft man die Gerichte am Sitz des Verletzers an, ist das nicht selten mit einem hohen, zum Teil auch kaum kalkulierbaren Kostenaufwand und den Unwägbarkeiten der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung behaftet.

Ein wesentlich effizienterer Weg der Rechtsverfolgung ist da das Schiedsverfahren nach der „Uniform Domain Name Resolution Policy“ (UDRP). Jeder Registrierende unterwirft sich nämlich bei der Registrierung eines Domainnamens dieser Schiedsordnung für den Fall, dass der

gewählte Domainname in Konflikt mit bestehenden Marken- und Kennzeichenrechten gerät. Das Schiedsverfahren kann auch bei der WIPO in Genf, der für gewerbliche Schutzrechte zuständigen Unterorganisation der Vereinten Nationen, geführt werden. Es ist als rein schriftliches Verfahren ausgestaltet, kann somit von hier aus betrieben werden und erfordert nicht etwa einen am Sitz der WIPO zugelassenen anwaltlichen Vertreter. Die Schlichtungskosten sind überschaubar. Auf entsprechenden Antrag bestellt die WIPO einen Schiedsrichter, der nach relativ kurzer Verfahrensdauer, in der Regel weniger als zwei Monate, zu einem Schiedsspruch kommt. Der Schiedsspruch kann gerichtet sein auf Löschung der angegriffenen Domain oder auf Übertragung an den Antragsteller. Er wird von der jeweiligen Domainvergabebehörde unmittelbar umgesetzt. Freilich gibt es für den Antragsgegner die Möglichkeit, gerichtlich gegen den Schiedsspruch vorzugehen. Erfahrungsgemäß nimmt aber kaum ein Rechtsverletzer den damit verbundenen, nunmehr ihm zufallenden Aufwand in Kauf. Das Schlichtungsverfahren nach der UDRP ist für Markenrechtsinhaber also ein einfaches und wirkungsvolles Instrument zur Bekämpfung der Markenpiraterie im Internet durch missbräuchliche Domainnamen.

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller
Gütersloh

Nicht jede beliebige Bezeichnung sollte als „AdWord“ bei Google gebucht werden

Wird über *Google* nach bestimmten Begriffen im Internet gesucht, zeigt die Suchmaschine nicht nur die jeweiligen Treffer an, sondern zusätzlich auch noch am rechten Rand einige Anzeigen, die als sog. „AdWords“ bezeichnet werden. Unternehmen können – insoweit noch ähnlich wie in anderen Medien – Anzeigen gegen Entgelt buchen. Der besondere Vorteil der AdWords ist allerdings die kontextabhängige Werbung: Der Werbende kann angeben, bei welchen Suchbegriffen seine Werbung angezeigt werden soll. Auf diese Weise kann eine sehr zielgerichtete und effektive Werbung erfolgen.

Die Stichwörter (Keywords), zu denen die eigene Werbung eingeblendet werden soll, kann jeder Werbende völlig frei bestimmen. Da *Google* keinerlei Beschränkungen vorgibt, sind einige Unternehmen dazu übergegangen, ihre Anzeigen (auch) dann anzeigen zu lassen, wenn der Internet-Nutzer bei *Google* gezielt nach einem Wettbewerber des Werbenden sucht. Dies kann im Extremfall dazu führen, dass bei der Suche nach hochwertigen Textilien durch Eingabe entsprechender Markennamen bei den AdWords am rechten Rand preiswerte Fälschungen und Nachbildungen offen angeboten werden.

Das Landgericht Braunschweig hat im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung am 28.12.2005 entschieden, dass die Nutzung fremder markenrechtlich ge-

geschützter Bezeichnungen unzulässig ist. Nach Auffassung des Landgerichts darf keine Werbung für die eigenen Angebote geschaltet werden, wenn der Internet-Nutzer durch Eingabe eines Suchbegriffes nach Konkurrenzprodukten sucht. Damit schließt sich das LG Braunschweig der Auffassung des LG München I (Beschluss vom 27.10.2005) an, welches in einem ähnlichen Fall ebenfalls von einer Markenrechtsverletzung ausgegangen ist.

Zutreffender dürfte dagegen die abweichende Entscheidung des Landgerichts Leipzig (Urteil vom 08.02.2005) sein, wonach in dem zuvor geschilderten Verhalten keine Rechtsverletzung zu sehen ist. Die Anzeigen sind ausdrücklich als solche gekennzeichnet, so dass der Internet-Nutzer nicht verwundert sein kann und schutzwürdig ist, wenn ihm bei den AdWords auch Konkurrenzprodukte angeboten werden. Die relevanten Ergebnisse der Suche werden schließlich unverfälscht in der Trefferliste angezeigt. Eine Markenrechtsverletzung dürfte auch schon deshalb ausscheiden, weil der fremde Markenname in der Anzeige selbst nicht auftaucht und (anders als bei sog. „Meta-Tags“) nicht verwendet wird.

Eine höchstgerichtliche Entscheidung durch den BGH ist vorerst nicht zu erwarten. Bis zu einer endgültigen Klärung der Problematik sollte auf die Buchung von Anzeigen bei Suchen nach Markennamen von Wettbewerbern verzichtet werden. Bei einem Vorgehen gegen eine entsprechende Werbung kommt es maßgeblich auf den (gewählten) Gerichtsstand an.

Dr. Sebastian Meyer, LL.M.
Bielefeld

Der Handel mit gebrauchter Software kann unzulässig sein

Seit einiger Zeit haben sich Unternehmen darauf spezialisiert, „gebrauchte“ Software anzubieten. Das Angebot richtet sich dabei vor allem an Unternehmen, die bereits über eigene Lizenzen für eine Software verfügen, ihren Lizenzbestand aber aufstocken möchten. Die Anbieter der gebrauchten Software erwerben zu diesem Zweck von Unternehmen, die aufgrund von Systemumstellungen, Arbeitsplatzabbau, Umstrukturierungen oder Insolvenz weniger Lizenzen benötigen, die überschüssigen Lizenzen und bieten diese den Interessenten zum Erwerb an, wobei der Preis für diese gebrauchte Software deutlich unter demjenigen der Originalhersteller liegt.

Die Software selbst wird von dem Anbieter der gebrauchten Software nicht zur Verfügung gestellt, es wird lediglich das Nutzungsrecht (die Lizenz) übertragen. Der Anbieter der gebrauchten Software verfügt über keinerlei Datenträger der Software, da er seinerseits vom Verkäufer nur die Lizenzen erwirbt. Der Verkäufer bestätigt gegenüber einem Notar, dass er recht-

mäßiger Inhaber der übertragenen Lizenzen gewesen ist und diese Lizenzen vom Hersteller erworben hat. Außerdem wird bestätigt, dass der Verkäufer die gekaufte Software vernichtet hat und nicht mehr verwendet. Unter Verweis auf diese Bestätigung reicht der Anbieter der gebrauchten Software die erworbenen Nutzungsrechte an den Erwerber weiter. Dieser kann dann im Bedarfsfall die Software beim Hersteller herunterladen oder die bereits bei ihm vorhandene Software auf weiteren Rechnern nutzen.

Im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat ein Datenbankhersteller sich erfolgreich gegen dieses Geschäftsmodell zur Wehr gesetzt. Das LG München I hat in seinem Urteil vom 19.01.2006 (AZ 7 O 23237/05) entschieden, dass diese Form der Weiterveräußerung von Lizenzen ohne die gleichzeitige Übertragung von einzelnen Exemplaren der Software unzulässig ist und untersagt werden kann. Dabei hat das Gericht darauf abgestellt, dass der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz nur beim Vertrieb von körperlichen Vervielfältigungsstücken Anwendung findet. Der BGH hatte in seiner OEM-Entscheidung vom 06.07.2000 ausgeführt, dass bei einer auf einem Datenträger gespeicherten Software der Hersteller die Weiterveräußerung nicht unterbinden kann. Diese Entscheidung soll nach Auffassung des LG München I jedoch nicht auf den Fall übertragbar sein, dass nur eine Lizenz ohne die auf dem Datenträger verkörperte Software weiterveräußert wird, da nur bezüglich der einzelnen Kopie der Software, die sich auf einem Datenträger befindet, die Weiterveräußerung nicht unterbunden werden kann.

Für die Zulässigkeit des Erwerbs gebrauchter Software kommt es damit darauf an, ob eine (Original-) Kopie der Software auf einem Datenträger vorhanden ist, die mit übertragen werden kann. Die Entscheidung des LG München I ist noch nicht rechtskräftig, der betroffene Anbieter der gebrauchten Software hat Berufung eingelegt.

Dr. Sebastian Meyer, LL.M.
Bielefeld

Arbeitsrecht: Fallstricke bei der Prozessbeschäftigung

Wird ein Kündigungsschutzprozess durch zwei oder sogar drei Instanzen geführt, sitzt dem Arbeitgeber das Risiko „im Nacken“, im Falle des rechtskräftigen Unterliegens ab dem Kündigungstermin die Vergütung nachzahlen zu müssen (sog. Annahmeverzugslohn, § 615 BGB). Die Zahlungspflicht betrifft einen Zeitraum, in dem der Arbeitnehmer nicht für den Arbeitgeber gearbeitet hat.

Nach § 11 KSchG muss sich der Arbeitnehmer auf seinen Annahmeverzugslohnanspruch aber das anrechnen lassen, was er durch anderweitige Arbeit („Zwischenverdienst“) verdient bzw. an Sozialleistungen (typischerweise: Arbeitslosengeld) erhalten hat. Auch das, was der Arbeitnehmer durch zumutbare Arbeit, die er böswillig nicht angenommen hat, hätte verdienen können, kann der Arbeitgeber abziehen. Die Rechtsprechung muss sich häufig gerade mit der letztgenannten Konstellation befassen. Zuletzt hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 11.01.2006 folgenden Fall zu entscheiden:

Der Kläger war bei der Beklagten als Fachverkäufer beschäftigt und verdiente zuletzt bei ihr rund 2.040 € brutto pro Monat. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt. Im Verlauf des Kündigungsschutzverfahrens bot sie dem Kläger eine Kassierertätigkeit mit höherer Wochenstundenzahl und einem um ca. 400 Euro geringeren Monatsverdienst an. Der Kläger lehnte das Angebot ab; er obsiegte mit seiner Kündigungsschutzklage. Anschließend machte er vollen Annahmeverzugslohn geltend und hatte in allen drei Instanzen Erfolg. Das BAG betont, dem Kläger sei die Arbeit als Kassierer deshalb nicht zumutbar gewesen, weil sie ihm nicht nur für die Zeit des Kündigungsschutzprozesses angeboten worden sei, sondern als dauerhafte Änderung des Arbeitsvertrags gedacht war. Darauf habe sich der Kläger nicht einlassen müssen. § 11 KSchG verpflichte ihn nur zum Erwerb von Zwischenverdienst. Er habe auch nicht beim Arbeitgeber nachfragen müssen, ob dieser sein Angebot in eines auf vorläufige Weiterbeschäftigung ändern wolle. Hätte das BAG anders entschieden, wenn die Beklagte von vornherein die Weiterbeschäftigung nur bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens angeboten hätte?

Wenn das Arbeitsverhältnis personen- oder betriebsbedingt gekündigt wurde, ist dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen in aller Regel zumutbar. Das Gleiche gilt insbesondere, wenn der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung im Kündigungsschutzprozess beantragt hat. Anders kann das bei einer verhaltensbedingten, insbesondere einer außerordentlichen Kündigung sein: Hat der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer schwere Vorwürfe erhoben, kann das die Weiterbeschäftigung beim Arbeitgeber unzumutbar machen. Die Unzumutbarkeit kann sich darüber hinaus auch aus der Art der angebotenen Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen (insbesondere einer erheblichen Vergütungsdifferenz) ergeben.

Es ist Sache des bisherigen Arbeitgebers, dem gekündigten Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung im Unternehmen bis zum rechtskräftigen Ende des Kündigungsschutzprozesses anzubieten. Der Arbeitnehmer darf die Weiterbeschäftigungsangebote des bisherigen Arbeit-

gebers abwarten. Er muss weder einen Weiterbeschäftigungsantrag stellen, noch aus einem Weiterbeschäftigungsurteil vollstrecken oder damit drohen.

Soll der Arbeitgeber also immer – zur Vermeidung von Verzugslohnansprüchen – zumutbare Arbeit anbieten? Schon aus den folgenden Gründen will ein solches Angebot wohl überlegt sein:

Beschäftigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiter, sägt er – vereinfacht gesagt – an dem Ast, auf dem er sitzt. Ihm kann dann im Kündigungsschutzprozess entgegengehalten werden, dass der Arbeitsplatz gar nicht weggefallen bzw. ein anderer Arbeitsplatz frei sei oder dass die Zusammenarbeit der Parteien weiterhin möglich sei. Damit geht er das Risiko ein, den Kündigungsschutzprozess zu verlieren.

Will der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterbeschäftigen, muss er deutlich machen, aus welchem Grund er das tut:

Beschäftigt er ihn nur deshalb, um die Zwangsvollstreckung aus einem Weiterbeschäftigungsurteil abzuwenden, sollte er das schriftlich fixieren, um klar zu machen, dass es sich gerade nicht um ein freiwilliges Angebot handelt.

Eine freiwillige Vereinbarung bedarf hingegen nach § 14 Abs. 4 TzBfG immer der Schriftform. Ohne eine schriftliche – also von beiden Parteien vor der Weiterbeschäftigung unterzeichnete – Vereinbarung, bestünde das Weiterbeschäftigungsverhältnis unbefristet fort! Selbst, wenn der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess rechtskräftig obsiegt, bliebe ihm der Arbeitnehmer „erhalten“.

Dr. Andrea Pirscher
Bielefeld

Arbeitsrecht: Erweiterte Mitbestimmung des Betriebsrates bei betriebsbedingten Kündigungen

Nach § 1 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) hat der Arbeitgeber bei der sozialen Auswahl der von einer betriebsbedingten Kündigung betroffenen Arbeitnehmer soziale Belange zu berücksichtigen und zwar das Lebensalter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, etwaige Unterhaltspflichten sowie gegebenenfalls bestehende Schwerbehinderungen. In der betrieblichen Praxis wird diese soziale Auswahl von den Arbeitgebern in der Regel anhand eines Punkteschemas durchgeführt: Der Arbeitgeber vergibt für jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit, für jedes vollendete Lebensjahr, für bestehende Unterhaltspflichten sowie für eine etwa bestehen-

de Schwerbehinderung eine bestimmte Anzahl von Punkten; diejenigen Arbeitnehmer aus dem Kreise der vergleichbaren Arbeitnehmer, die insgesamt die geringste Punktzahl aufweisen, genießen den geringsten sozialen Schutz und sind vorrangig zu kündigen. Abschließend hat der Arbeitgeber noch die Möglichkeit, dieses schematisch gewonnene Ergebnis im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu korrigieren.

In einem bislang wenig beachteten Beschluss hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichtes am 26.07.2005 festgestellt, dass die Errichtung eines Punkteschemas der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegt.

Nach § 95 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) bedürfen Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrates. Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat auf eine solche Richtlinie nicht einigen, sieht das Betriebsverfassungsgesetz die Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens vor, an dessen Ende der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt. Gerade in größeren Unternehmen gibt es häufig derartige generelle Auswahlrichtlinien, auf die sich der Arbeitgeber im Falle betriebsbedingter Kündigungen dann berufen kann.

Mit seinem Beschluss vom 26.07.2005 hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr festgestellt, dass ein Punkteschema für die soziale Auswahl nicht nur dann eine nach § 95 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie ist, wenn es generell für alle künftig auszusprechenden Kündigungen gelten soll, sondern auch dann, wenn es nur einmalig für die soziale Auswahl bei konkret anstehenden betriebsbedingten Kündigungen maßgeblich sein soll. Das Bundesarbeitsgericht erkennt grundsätzlich an, dass bereits nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG der Arbeitgeber die eingangs genannten sozialen Merkmale zu berücksichtigen hat. Ergänzend stellt das Bundesarbeitsgericht nunmehr allerdings fest, dass der verbleibende Spielraum bei der Wertung und Gewichtung der sozialen Merkmale entgegen früherer Auffassung nicht allein Sache des Arbeitgebers ist, sondern vom Betriebsrat mitzubestimmen ist.

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichtes nimmt hierbei ausdrücklich in Kauf, dass das Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung eines Punkteschemas für die soziale Auswahl bei konkret beabsichtigten Kündigungen zu erheblichen Verzögerungen führen kann, da der Arbeitgeber nunmehr u.U. gezwungen ist, die Errichtung einer Auswahlrichtlinie über das Einigungsstellenverfahren zu erzwingen, was zu erheblichen Verzögerungen beim Ausspruch der Kündigungen führen kann.

Derzeit noch ungeklärt ist die Frage, ob eine etwa unterlassene Beteiligung des Betriebsrates bei der Errichtung eines Punkteschemas dazu führen wird, dass die individuellen Kündigungen unwirksam sind. Zwar führt das Bundesarbeitsgericht in den Entscheidungsgründen aus, dass eine Sanktion für das Unterlassen der Betriebsratsbeteiligung im Gesetz – anders als in anderen Fällen – nicht vorgesehen ist. Verlässliche Hinweise enthalten die Entscheidungsgründe des Beschlusses indes nicht, so dass Arbeitgeber insoweit nur zu höchster Vorsicht geraten werden kann.

Unterlässt der Arbeitgeber die Betriebsratsbeteiligung, muss er in jedem Falle damit rechnen, dass der in seinem Unternehmen errichtete Betriebsrat im betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren durchsetzt, dass die Anwendung des ohne Betriebsratsbeteiligung errichteten Punkteschemas künftig zu unterbleiben hat.

Sofern für den Betrieb generelle Auswahlrichtlinien für personelle Einzelmaßnahmen noch nicht existieren, empfehlen wir dringend, Verhandlungen mit dem Betriebsrat aufzunehmen, um eine solche Auswahlrichtlinie jedenfalls für den Fall betriebsbedingter Kündigungen zu beschließen, und zwar auch dann, wenn derzeit im Unternehmen konkrete betriebsbedingte Kündigungen nicht geplant sind.

Die Existenz einer Auswahlrichtlinie hat für den Arbeitgeber nämlich durchaus auch Vorteile: Nach § 1 Abs. 4 KSchG kann die Gewichtung und Bewertung der sozialen Gesichtspunkte im Rahmen der sozialen Auswahl im Kündigungsschutzprozess vom Arbeitsgericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden, wenn die vorgenommene soziale Auswahl einer Auswahlrichtlinie nach § 95 Abs. 1 BetrVG entspricht. Kann der Arbeitgeber also im Kündigungsschutzverfahren auf eine Auswahlrichtlinie verweisen, kommt er prozessual in den „Genuss“ eines für ihn erleichterten gerichtlichen Kontrollmaßstabes.

Während nach § 95 Abs. 1 BetrVG Auswahlrichtlinien nur auf Verlangen des Arbeitgebers erstellt werden müssen, kann der Betriebsrat in Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern von sich aus die Initiative ergreifen und vom Arbeitgeber die Aufstellung von Auswahlrichtlinien verlangen und zwar auch hier gegebenenfalls unter Einschaltung einer Einigungsstelle.

Dr. Sören Kramer
Detmold

Haftungsdilemma des Geschäftsführers einer GmbH in der Krise

Gerät eine GmbH in die Krise, so stellt sich für deren Geschäftsführer die Frage, wie er die noch vorhandene Liquidität nutzt. Zahlt er mit der Restliquidität die Gehälter der Mitarbeiter aus, führt das häufig dazu, dass er bei einem Scheitern der Sanierungsbemühungen nicht mehr in der Lage ist, die Lohnsteuer an den Fiskus abzuführen. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) haftet der GmbH-Geschäftsführer in solch einem Fall persönlich gegenüber dem Finanzamt für die nicht abgeführte Lohnsteuer (§ 69 AO). Führt er die Lohnsteuer hingegen ab, so kann er zivilrechtlich gem. § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG gegenüber der Gesellschaft haften. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) darf der Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzreife nicht mehr an das Finanzamt leisten, will er sich nicht gegenüber der GmbH regresspflichtig machen.

Dieses Haftungsdilemma an der Schnittstelle von Steuerrecht, Zivilrecht und Insolvenzrecht hat das Finanzgericht Köln jüngst mit zwei Entscheidungen noch verstärkt. Es tritt Urteilen der Finanzgerichte Baden-Württemberg und Saarland entgegen. Diese hatten versucht, dem Geschäftsführer einer kriselnden GmbH in seiner Zwangslage zu helfen: Nach Auffassung dieser beiden Gerichte sollte nämlich im Falle der Nichtabführung von Lohnsteuer die steuerrechtliche Haftung des Geschäftsführers ausgeschlossen sein. Denn die Abführung von Lohnsteuer stelle i.d.R. eine anfechtbare Handlung nach der InsO dar. Das Rechtsinstitut der Anfechtung ermöglicht dem Insolvenzverwalter, Zahlungen und andere Schmälerungen der Insolvenzmasse im Interesse einer gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger rückgängig zu machen. Wird ein Insolvenzverwalter für das Vermögen der GmbH eingesetzt wird, könne er mittels Insolvenzanfechtung bewirken, dass die bereits abgeführte Lohnsteuer zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden muss. Dann, so die Finanzgerichte Baden-Württemberg und Saarland, fehle es aber an einem Zusammenhang zwischen der Nichtabführung von Lohnsteuer einerseits und dem Steuerausfall des Finanzamtes andererseits. Eine Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 69 AO solle daher nicht in Betracht kommen.

Dieser – dem Geschäftsführer günstigen – Rechtsauffassung ist das Finanzgericht Köln entgegengetreten. Obwohl seine Pflichten aus § 69 AO und § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG miteinander kollidieren, soll der GmbH-Geschäftsführer gegenüber dem Finanzamt für nicht abgeführte Lohnsteuer persönlich haften. Dass er im Falle der Abführung von Lohnsteuer einem zivilrechtlichen Haftungsrisiko ausgesetzt ist, entschuldige – so das FG Köln – seine steuerrechtliche Pflichtverletzung nicht. Der GmbH-Geschäftsführer könne sich nicht darauf berufen, er habe durch die unterlassene Lohnsteuerzahlung seiner Haftung aus § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG ent-

gehen wollen. Darüber hinaus soll es nicht an einer Kausalität der Nichtabführung von Lohnsteuer für den Steuerausfall des Finanzamtes fehlen. Denn – so das FG Köln weiter – der Erfolg einer Insolvenzanfechtung des Insolvenzverwalters sei keineswegs sicher. Werde z.B. das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet oder werde das Finanzamt im Insolvenzverfahren befriedigt, entstehe auch kein Steuerausfall. Der Geschäftsführer einer in die Krise geratenen GmbH haftet deshalb gegenüber dem Finanzamt für nicht abgeführte Lohnsteuer.

Angesichts der voneinander abweichenden Rechtsprechung der Finanzgerichte sowie dem zivil- und steuerrechtlichen Haftungsdilemma des GmbH-Geschäftsführers hat das FG Köln immerhin die Revision zum BFH zugelassen. Es bleibt daher zu hoffen, dass der Bundesfinanzhof diese unbefriedigende Haftungssituation einer für die Praxis angemessenen Lösung zuführt. Bis dahin muss jeweils im konkreten Einzelfall geprüft werden, zu welcher Vorgehensweise dem Geschäftsführer einer GmbH in der Krise zu raten ist.

Dr. Jens Hoffmann
Detmold

Bundessozialgericht unterwirft Gesellschafter-Geschäftsführer der Beitragspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung

Ein neues Urteil des Bundessozialgerichts vom 24.11.2005 hat die sozialversicherungsrechtliche Welt für Gesellschafter-Geschäftsführer verändert.

Das Bundessozialgericht ist der Auffassung, dass Gesellschafter-Geschäftsführer, die bisher sozialversicherungsrechtlich als „Selbständige“ galten, in Zukunft rentenversicherungspflichtig sind. Schlimmer noch: Das Urteil kann dazu führen, dass für solche Geschäftsführer vier Jahre rückwirkend Rentenversicherungsbeiträge erhoben werden.

Schon bisher war es in der Sozialversicherung ein allgemeines Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen Personen, die als Gesellschafter an ihrer Arbeitgeberin beteiligt sind, sozialversicherungspflichtig sind oder nicht. Die Frage war und bleibt, ob sie als Arbeitnehmer oder als Selbständige gelten müssen. Selbständige unterfallen, von besonderen gesetzlichen Anordnungen abgesehen, nicht der Sozialversicherungspflicht. Selbständig ist, wer im Wesentlichen keinen Weisungen seines Arbeitgebers unterliegt, insbesondere Art, Zeit und Umfang seiner Arbeit selbst gestalten kann.

Solche Freiheiten werden insbesondere angenommen, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter seiner Arbeitgeberin ist, und zwar mit 50 % der Kapitalanteile oder mit einem

geringeren Kapitalanteil, der ihm aber in wichtigen Fragen eine Sperrminorität nach Gesellschaftsvertrag garantiert. Auch bei Geschäftsführern, die nicht am Stammkapital beteiligt sind, kann im Einzelfall unter engen Voraussetzungen eine selbständige Tätigkeit angenommen werden, wenn sie weisungsfrei arbeiten können. In diesen Fällen besteht keine Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Arbeitslosenversicherung. Ob die betreffenden Geschäftsführer sich freiwillig versichern können, ist eine andere Frage. Dieselben Grundsätze gelten übrigens nicht nur für Geschäftsführer, sondern auch für „normale“ Angestellte, die gleichzeitig Gesellschafter ihrer Arbeitgeberin sind. Auch sie sind nicht versicherungspflichtig, wenn sie nach den vorgenannten Kriterien als „Selbständige“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinne gelten.

Etwas anderes gilt für die Rentenversicherung. Dort gibt es eine Spezialvorschrift für versicherungspflichtige arbeitnehmerähnliche Selbständige in § 2 SGB VI. Nach dieser für die Rentenversicherung geltenden Sondervorschrift fallen in bestimmten Fällen auch Selbständige unter die gesetzliche Rentenversicherung. Das gilt insbesondere für Selbständige, die im Rahmen ihrer Tätigkeit keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen (über 400,00 € im Monat) und die auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen einzigen Auftraggeber tätig sind.

Diese Vorschrift wendet das Bundessozialgericht jetzt auch an auf das Verhältnis zwischen einem Geschäftsführer und der GmbH, an der er als Gesellschafter beteiligt ist. Ist also die GmbH der einzige „Auftraggeber“ des Geschäftsführers, und beschäftigt der Geschäftsführer in seiner eigenen Person keine Arbeitnehmer, ist er danach rentenversicherungspflichtig.

Die Entscheidung des Bundessozialgerichts betraf zwar einen Sonder-Sachverhalt; die Entscheidungsgründe sind allerdings sehr grundsätzlich, so dass man annehmen muss, dass es sich um eine Grundsatzentscheidung handelt, die die Rentenversicherungs-Welt der Geschäftsführer von GmbHs erschüttert. Die Presse nimmt an, dass im Bundesgebiet bis zu 500.000 Geschäftsführer oder Beschäftigte von GmbHs, an denen sie als Gesellschafter beteiligt sind, betroffen sind.

Wenn die Sozialversicherungen Ernst machen und auf Basis dieses Urteils für die Vergangenheit – vier Jahre rückwirkend wären möglich - Rentenversicherungsbeiträge fordern, kommen im Einzelfall 5stellige Beträge dabei heraus. Die Politik beschäftigt sich bereits mit einer Änderung des Gesetzes, weil dieses Urteil des BSG wohl weit über das hinausgeschossen ist, was der Gesetzgeber mit der betreffenden Vorschrift im SGB VI beabsichtigt hat. Es soll kurz-

fristig ein Gesetzentwurf eingebracht werden, durch den „selbständige“ GmbH-Geschäftsführer von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung wieder freigestellt werden sollen. Ob das auch rückwirkend geschehen wird, bleibt abzuwarten.

Legt man das Urteil des BSG zugrunde, gibt es nur folgende Vermeidungsstrategien, die allerdings alle wenig praktisch sind:

- Der Geschäftsführer stellt im eigenen Namen mindestens einen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer ein (z.B. seine Sekretärin oder eine Reinigungskraft).
- Der Geschäftsführer hat nicht nur seine GmbH als einzigen Auftraggeber, sondern er verdient auch aus anderen Einkommensquellen mehr als 1/6 seines Gesamteinkommens (z.B. Verträge mit zwei GmbHs). Nach der bisherigen Verwaltungspraxis der Sozialversicherungsträger ging man bisher davon aus, dass in diesem Fall nicht nur ein Auftraggeber vorliegt (wobei niemand weiß, wie die Verwaltungspraxis sich in Zukunft weiterentwickelt).
- Die GmbH wird in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder OHG (wobei der Gesellschafter kein Gehalt, sondern nur Gewinnanteil erhält) oder eine Aktiengesellschaft umgewandelt; angesichts der steuerlichen Konsequenzen und der haftungsrechtlichen Konsequenzen kann das aber kaum eine Lösung sein.
- Für Existenzgründer: Der Geschäftsführer kann innerhalb der ersten drei Jahre nach Existenzgründung einen Befreiungsantrag stellen.

Die *Deutsche Rentenversicherung* hat zwischenzeitlich mit Pressemitteilung vom 4.4.2006 erklärt, sie wolle das Urteil des Bundessozialgerichts nicht anwenden, da die Entscheidung mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sei. Der Gesetzgeber wird von der *Deutschen Rentenversicherung* aufgefordert, eine klarstellende gesetzliche Regelung beschließen. Wir raten im Augenblick dazu, abzuwarten, was der Gesetzgeber kurzfristig unternimmt. Über evtl. gesetzliche Änderungen werden wir berichten.

Dr. Bernhard König
Detmold

EuGH: Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Konzern

Am 13.12.2005 hat der EuGH im Fall „Marks & Spencer“ richtungweisende Aussagen für die grenzüberschreitende Verlustverrechnung in Konzernen getroffen. Denn in nahezu allen EU-

Staaten ist die Verrechnung von Verlusten im Konzern auf inländische Gesellschaften beschränkt. Im Ausgangsfall konnte eine britische Muttergesellschaft Verluste nicht abziehen, die sie in Belgien, Deutschland und Frankreich mit Tochtergesellschaften erlitten hatte. Hätten die Töchter ihren Sitz in Großbritannien gehabt, wäre die Verlustübertragung möglich gewesen. Hierin erblickte die Einzelhandelskette Marks & Spencer eine Verletzung ihrer Niederlassungsfreiheit (Artikel 43, 48 EG-Vertrag). Zur Klärung dieser Frage rief der britische High Court of Justice, der über den Sachverhalt zu entscheiden hatte, den Europäischen Gerichtshof an.

Die Niederlassungsfreiheit verbietet es dem Herkunftsstaat der Muttergesellschaft, Gründungen von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedsstaaten zu erschweren oder zu beschränken. Untersagt sind auch Beschränkungen auf steuerlichem Gebiet. Eine nationale Konzernabzugsregel, die der Muttergesellschaft den Ausgleich von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften untersagt, kann sie jedenfalls faktisch von der Gründung ausländischer Tochtergesellschaften abhalten. Die britische Konzernabzugsregel beeinträchtigt daher die Niederlassungsfreiheit. Sie konnte deshalb nach europäischem Recht nur zulässig sein, wenn sie ein mit dem EG-Vertrag in Einklang stehendes Ziel verfolgt und durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist. Im Ergebnis verlangt der EuGH insoweit eine gerechte Abwägung zwischen dem Anspruch der Muttergesellschaft auf diskriminierungsfreie Betätigung im Binnenmarkt einerseits und den Interessen des nationalen Fiskus andererseits.

Bei dieser Abwägung ist der Gerichtshof in der Entscheidung „Marks & Spencer“ bemüht, den Mitgliedsstaaten zu helfen, indem er folgende staatliche Interessen als legitime Ziele anerkennt: (1) Die Gefahr einer doppelten Verlustnutzung bei Tochter- und Muttergesellschaft, (2) die Sicherung der Aufteilung von Besteuerungsbefugnissen zwischen den Mitgliedstaaten und (3) die Gefahr, dass Verluste einseitig in Richtung derjenigen Gesellschaft gesteuert werden, die der höchsten Besteuerung unterliegt, weil dann der steuerliche Wert der Verluste am höchsten ist. Da ein vollständiger Ausschluss der Verlustnutzung ausländischer Tochtergesellschaften im Konzern diesen drei Interessen dient, erachtet der Europäische Gerichtshof die britische Konzernabzugsregel (*group relief*) im Grundsatz für gerechtfertigt. Im Regelfall wird die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrags durch die Begrenzung des Verlustabzugs im Konzern auf inländische Tochtergesellschaften also nicht verletzt.

Etwas anderes soll ausnahmsweise dann gelten, wenn keine anderweitige Nutzung des Verlustes möglich ist. Denn, so der EuGH, es sei unverhältnismäßig, die Verluste gänzlich unberücksichtigt zu lassen. Solche Ausnahmen kommen insbesondere in Betracht, wenn die gebietsfremde Tochtergesellschaft alle Möglichkeiten der Verlustverrechnung ausgeschöpft hat

und zukünftig keine Möglichkeit der Verlustnutzung mehr besitzt. In der Praxis tritt eine solche Situation häufig ein, wenn die verlustträchtige Auslandstochter liquidiert wird oder wenn im Ausland eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrages existiert und der Vortragszeitraum ausgeschöpft ist. In derartigen Ausnahmesituationen ist der Staat der Muttergesellschaft nach Ansicht des EuGH aufgrund der EG-Niederlassungsfreiheit ausnahmsweise verpflichtet, eine Verrechnung des Verlustes der ausländischen Tochtergesellschaft im Konzern zu ermöglichen. Eine nationale Vorschrift, die auch in solchen Sachverhalten die Verlustverrechnung verbietet, verletzt Art. 43, 48 EG-Vertrag. Den Nachweis dafür, dass die Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Verlustverrechnung vorliegen, muss allerdings die Muttergesellschaft erbringen.

In dieser – engen – Ausnahmesituation liegt zukünftig eine Chance, bei Umstrukturierungen den Verlust ausländischer Tochtergesellschaften auf ihre deutsche Muttergesellschaft zu verlagern. Denn auch in Deutschland sind ausländische Gesellschaften von der Einbeziehung in den steuerlichen Organkreis ausgeschlossen. Voraussetzung hierfür dürfte allerdings eine „gelebte“, also tatsächlich vollzogene grenzüberschreitende Organschaft sein. Denn anders als der britische *group relief* – der dem Fall „Marks & Spencer“ zugrunde lag – ist die Organschaft nach deutschem Recht keine rein steuerliche Konsolidierung. Eine steuerwirksame Verlustverrechnung kommt daher nur in Betracht, wenn die deutsche Muttergesellschaft die Verluste der ausländischen Tochter tatsächlich ausgeglichen und die Tochter entsprechende Gewinne in voller Höhe über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren an die Mutter abgeführt hat. Im Falle einer solchen „gelebten“ Organschaft kann die Niederlassungsfreiheit zukünftig Chancen zu einer grenzüberschreitenden steuerlichen Verlustverrechnung im Konzern bieten.

Dr. Jens Hoffmann
Detmold

Kein Ende des staatlichen Sportwettenmonopols in Sicht

Mit seinem Urteil vom 28.03.2006 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) festgestellt, dass das Bayerische Staatslotteriesgesetz verfassungswidrig ist, soweit es vorsieht, dass Sportwetten nur vom Freistaat Bayern angeboten werden dürfen. Mit deutlichen Worten hat das BVerfG ausgeführt, dass momentan das staatliche Sportwettenmonopol nicht dazu genutzt würde, die Suchtgefahren effektiv zu bekämpfen, sondern allein fiskalische Zwecke verfolgt werden, was mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit unvereinbar ist. Aus diesem Grunde ist der Bereich der Sportwetten bis zum 31.12.2007 neu zu regeln. Innerhalb dieser Übergangsfrist finden die bisherigen gesetzlichen Regelungen allerdings weiter uneingeschränkt Anwendung.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Beibehaltung des staatlichen Monopols für Sportwetten grundsätzlich nicht zu beanstanden ist – wenn bei der konkreten Ausgestaltung sichergestellt ist, dass durch das Monopol die Suchtgefahren wirkungsvoll bekämpft werden. Bestätigt wurde die Annahme des Gesetzgebers, bei einer Marktöffnung für private Wettanbieter sei eine Zunahme von suchtbeeinflusstem Verhalten zu befürchten.

Tatsächlich haben sich in den vergangenen Monaten bereits zahlreiche private Wettanbieter und Wettvermittler für Sportwetten in den einzelnen Städten etabliert, was zu einem enormen Anstieg des Wettaufkommens geführt hat. Ursprünglich sind die Kommunen mit Untersagungsverfügungen gegen die Inhaber der entsprechenden Wettbüros vorgegangen. Bisher ist es den Inhabern jedoch vielfach gelungen, zumindest einer sofortigen Vollziehung der Untersagungsverfügung zu entgehen, so dass sich allmählich der Eindruck verfestigt hat, aufgrund der Vielzahl der Anbieter könne das Verhalten unmöglich unzulässig sein. Bis zur Entscheidung des BVerfG ist regelmäßig auf die angebliche Verfassungswidrigkeit der jeweiligen Sportwettengesetze hingewiesen und Bezug auf die Gambelli-Entscheidung des EuGH genommen worden, wonach – so die Interpretation der privaten Wettanbieter und Vermittler – zumindest die Vermittlung von Sportwetten dann erlaubt sein müsse, wenn der (ausländische) Anbieter über eine Konzession in einem anderen EU-Staat verfügt.

Es ist nunmehr zu erwarten, dass die Kommunen die Verfahren, die häufig zunächst zurückgestellt worden sind, wieder aufgreifen und die Untersagungsverfügungen durchsetzen. München hat beispielsweise noch am Tag der Urteilsverkündung bekanntgegeben, zukünftig keine privaten Wettbüros mehr tolerieren zu wollen. Das BVerfG hat ausdrücklich klargestellt, dass das gewerbliche Veranlassen von Wetten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung von nicht-staatlichen Sportwetten „weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden“ dürfen. Schließlich dürfte nach der deutlichen Entscheidung des BVerfG eine Strafbarkeit nach § 284 StGB (unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels) gegeben sein, wobei der BVerfG diese Frage bewusst offen gelassen hat.

Dr. Sebastian Meyer, LL.M.
Bielefeld

Zur Zulässigkeit großflächiger Einzelhandelsbetriebe

Einzelhandelsbetriebe sind gemäß § 11 Abs. 3 der Baunutzungsverordnung (BauNVO) nur in Kerngebieten und extra für sie ausgewiesenen Sondergebieten zulässig, sofern sie „großflächig“ sind und zu erwarten ist, dass von ihnen die in § 11 Abs. 3 S. 2 BauNVO beschriebenen

„negativen Auswirkungen“ ausgehen. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit zwei Entscheidungen vom 24.11.2005 für mehrere in diesem Zusammenhang seit langem diskutierten Fragen Klarheit geschaffen:

- Großflächig ist ein Einzelhandelsbetrieb ab einer Verkaufsfläche von 800 m². Dabei hat das Gericht erneut deutlich betont, dass der Begriff der Großflächigkeit ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal des § 11 Abs. 3 BauNVO zur Beurteilung der Zulässigkeit eines Einzelhandelsbetriebs ist und nicht mit dem in § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO genannten Schwellenwert von 1.200 m² Geschossfläche gleichgesetzt werden kann oder gar diesen definiert. Der in § 11 Abs. 3 Satz 3 BauNVO genannte Schwellenwert von 1.200 m² Geschossfläche markiert allein die Größe eines Einzelhandelsbetriebes, ab der vom Vorliegen „negativer Auswirkungen“ i.S. des § 11 Abs. 3 S. 2 BauNVO als zweitem Tatbestandsmerkmal zur Beurteilung seiner Zulässigkeit auszugehen ist.
- Stärker in den Vordergrund gerückt hat das Gericht, dass bei der Prüfung des Vorliegens „negativer Auswirkungen“ insbesondere die Gliederung und Größe der Gemeinde und ihrer Ortsteile, die Sicherung der verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung und das Warenangebot des Betriebs zu berücksichtigen ist. Vor diesem Hintergrund kann wegen der unterschiedlichen Angebotsstrukturen stärker zwischen Discount-Märkten und so genannten „Vollsortimentern“ differenziert werden. Bei Vorliegen der entsprechenden örtlichen Strukturen und damit dem Fehlen der „negativen Auswirkungen“ können Vollsortimenter auch außerhalb von Kern- oder Sondergebieten zugelassen werden.
- Den Begriff der Verkaufsfläche hat das Bundesverwaltungsgericht erstmals definiert. Verkaufsfläche ist die Fläche, auf der die Verkäufe abgewickelt werden und die von den Kunden zu diesem Zweck betreten werden darf. Sie umschließt die dem Verkauf dienende Fläche einschließlich des Kassenvorraums mit „Pack- und Entsorgungszone“ und des Windfangs. Zur Verkaufsfläche zählen in einem Selbstbedienungsladen auch die Bereiche, die zwar aus betrieblichen oder hygienischen Gründen vom Kunden nicht betreten werden dürfen, in denen aber die Ware für ihn sichtbar ausliegt (Käse-, Fleisch- und Wursttheke etc.) und in denen das Personal die Ware zerkleinert, abwiegt und abpackt, da diese Bereiche bei einem reinen Bedienungsladen herkömmlicher Art ebenfalls der Verkaufsfläche zuzurechnen wären. Nicht zur Verkaufsfläche gehören die Flächen, auf denen für den Kunden nicht sichtbar die handwerkliche oder sonstige Vorbereitung (Portionierung etc.) erfolgt, sowie die reinen Lagerflächen. Ebenfalls nicht zur Verkaufsfläche zählen die Abstellflächen für Einkaufswagen auf den Parkplätzen.

- Schließlich hat das Gericht den Begriff der „Funktionseinheit“ erläutert und klargestellt, dass mehrere für sich genommen nicht als großflächig zu qualifizierende Einzelhandelsbetriebe nicht schon dann als großflächig anzusehen sind, wenn sie sich „unter einem Dach“ befinden, sondern erst dann, wenn ein Betrieb als „Hauptbetrieb“ die entscheidende Magnetwirkung für den Kunden entfaltet und die anderen auch von der räumlichen Ausdehnung her wesentlich kleineren Betriebe diesen Hauptbetrieb ergänzen.

Mit seinen Entscheidungen hat das Bundesverwaltungsgericht die Beurteilung der Zulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben in mehrfacher Hinsicht vereinfacht. Nach wie vor offen geblieben sind jedoch z.B. die Definitionen der Begriffe „zentrenrelevante Sortimente“ und „zentrenintegrierte Standorte“, die für die Prüfung des Vorliegens „negativer Auswirkungen“ i.S. des § 11 Abs. 3 S. 2 BauNVO von großer Bedeutung sind. Das Gericht wird eine Gelegenheit finden, auch diese Fragen zu klären.

Dr. Nils Gronemeyer
Paderborn

Exportstopp für argentinisches Rindfleisch

Seit dem 14. März 2006 gilt in Argentinien ein derzeit auf 180 Tage befristetes Exportverbot für Rindfleisch. Ausgenommen sind die Kontingente der sog. Hiltonquote (28.000 t), die Liefererverpflichtungen aufgrund zwischenstaatlicher Handelsabkommen sowie die Liefererverpflichtungen aus Kaufverträgen, wenn der Kaufpreis bereits bezahlt oder durch ein unwiderrufliches Akkreditiv gewährleistet ist. Jenseits dieser Ausnahmen bleibt der Export von Rindfleisch aus Argentinien für das nächste halbe Jahr verboten.

Das argentinische Verbot führt nicht dazu, dass bereits abgeschlossene, nun aber von dem Exportstopp betroffene Lieferverträge ungültig werden. Auch wird nicht generell der Abschluss neuer Verträge verboten. Da aufgrund des Exportstopps Rindfleisch in Argentinien derzeit aber nicht zur Ausfuhr abgefertigt wird, kann der argentinische Exporteur nicht liefern. Für den nicht-argentinischen Importeur stellt sich damit die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen diese Nichterfüllung auslöst.

In erster Linie sind die Vereinbarungen der Parteien maßgeblich. Ganz überwiegend werden argentinische Rindfleischimporte auf der Basis der Incoterm „FOB Buenos Aires“ abgeschlossen. Nach dieser Klausel ist allein der Verkäufer für die Exportfreimachung verantwortlich. Gleiches gilt nach dem UN-Kaufrecht/CISG, wenn die Parteien keine Incoterm vereinbart oder auch sonst keine besonderen Absprachen zu diesem Punkt getroffen haben.

Soweit der Exporteur für die Ausfuhrfreimachung verantwortlich ist, diese aber nicht erreichen kann, verletzt er seine kaufvertragliche Lieferpflicht mit der weiteren Konsequenz, dass nunmehr der Käufer die für den Fall von Vertragsverletzungen vorgesehenen Rechtsbehelfe ergreifen kann. So kann der Käufer weiter Erfüllung des Kaufvertrages, d. h. Lieferung verlangen. In Anbetracht des Exportstopps wird die Lieferung jedoch erst erfolgen können, wenn entweder die 180-Tage Frist abgelaufen ist oder der Exportstopp vorher aufgehoben wird - dann aber zu den ursprünglich vertraglich vereinbarten Bedingungen. Wenn die Nichtlieferung eine wesentliche Vertragsverletzung ausmacht, und der Importeur seine eigene Dispositionsfreiheit wieder gewinnen möchte, kann er auch, ohne dass es weiterer Voraussetzungen bedarf, den Kaufvertrag aufheben. Vorsorglich empfiehlt sich allerdings, dem Verkäufer zunächst eine Nachfrist zu setzen und erst nach deren fruchtlosem Ablauf die Vertragsaufhebung zu erklären.

Ergänzend zu oder anstelle der vorgenannten Rechtsbehelfe ist der Importeur auch berechtigt, wegen der Vertragsverletzung des Verkäufers Schadensersatz geltend zu machen. Auf ein Verschulden des Verkäufers an der eingetretenen Situation kommt es nach dem UN-Kaufrecht/CISG nicht an. Lediglich in Situationen, die dem Verkäufer in keiner Weise zurechenbar sind, kann die Pflicht zur Schadensersatzleistung entfallen. Allerdings sind die hierfür zu erfüllenden Anforderungen sehr hoch:

- Zunächst ist zu ermitteln, ob der argentinische Verkäufer tatsächlich den Kaufvertrag nicht erfüllen kann. Soweit der Kaufvertrag nicht gerade nur in Argentinien verarbeitetes Fleisch zum Gegenstand hat, könnte der Verkäufer anstelle argentinischen nunmehr gleichwertiges uruguayisches Rindfleisch liefern. Wenn der Kaufvertrag in diesem Sinne ausgelegt werden kann, entfällt jede Berufung auf das Exportverbot. Vielmehr bleibt der argentinische Exporteur verpflichtet, den Kaufvertrag zu erfüllen.
- Aber auch wenn nach dem Kaufvertrag ausschließlich Rindfleisch argentinischer Herkunft geschuldet ist, das nun infolge des Exportstopps nicht geliefert werden kann, hat der Verkäufer die Nichtlieferung gleichwohl zu verantworten, es sei denn, dass zu dem Zeitpunkt, als der Kaufvertrag abgeschlossen wurde, der Exportstopp nicht vorhersehbar war. Da in Argentinien bereits seit geraumer Zeit über derartige Maßnahmen geredet wird, können insbesondere Verkäufer aus Abschlüssen jüngeren Datums sich möglicherweise nicht mit dem Exportstopp entlasten.
- Des Weiteren erwartet das UN-Kaufrecht/CISG von dem Verkäufer, dass er den Exportstopp oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden versucht. Der Verkäufer

ist danach gehalten, initiativ zu werden und im Rahmen des Zumutbaren alle Anstrengungen zu unternehmen, um den Auswirkungen des Exportstopps auf die eingegangenen Lieferverpflichtungen entgegenzuwirken. Denkbar wäre etwa, dass der Verkäufer versucht, selbst oder über Dritte Lieferungen aus den nicht von dem Exportstopp betroffenen Kontingenten zu erhalten und damit die von ihm eingegangenen Lieferverpflichtungen zu erfüllen.

Von der Verpflichtung, wegen der Vertragsverletzung (Nichtlieferung) Schadensersatz leisten zu müssen, wird der Verkäufer nur befreit, wenn er alles in seiner Kraft Stehende unternommen hat, um die eingegangenen Pflichten trotz der aufgetretenen Widrigkeiten zu erfüllen. Keinesfalls kann der Verkäufer angesichts des überraschenden Exportstopps einfach aufgeben. Vielmehr gilt ein strenger Maßstab, der deutlich über das hinausgeht, was gemeinhin unter Force Majeur verstanden wird. Auch dem Verkäufer dadurch erwachsende unvorhergesehene Mehraufwendungen selbst erheblichen Umfangs oder ein gegebenenfalls eintretender Geschäftsverlust sind keine Umstände, auf die sich der Verkäufer zu seiner Entlastung berufen kann.

Aus Vorstehendem folgt, dass der Verkäufer nicht erwarten kann, mit dem bloßen Hinweis auf Force Majeur aus seinen Verpflichtungen entlassen zu werden. Andererseits legt die Erfahrung nahe, es nicht unnötig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen kommen zu lassen. Das schließt aber nicht aus, die Verantwortung des Verkäufers für die nicht ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Rahmen der weiteren Geschäftsbeziehung angemessen zu berücksichtigen.

Prof. Dr. Burghard Piltz
Gütersloh

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.

Am 3. März 2006 hat in Gütersloh unser **Mandantenseminar** zum Thema „Einstellung von Mitarbeitern und Gestaltung von Arbeitsverträgen“ stattgefunden. Der sehr rege Zuspruch durch unsere Mandanten und Gäste hat uns sehr gefreut und war u.a. Garant für das gute Gelingen der Veranstaltung. Diejenigen Mandanten, denen wir aus Platzgründen absagen mussten, möchten wir an dieser Stelle noch einmal höflich um Verständnis bitten. Gerne stellen wir

Ihnen die Tagungsunterlagen zur Verfügung; Anfragen richten Sie bitte an unser Detmolder Büro z. Hd. Frau Wiedemeyer (wiedemeyer@bdphg.de). Im Übrigen bedanken sich alle Referenten ganz herzlich über die wohlmeinenden Rückmeldungen aus dem Kreis der Teilnehmer!

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bielefeld hat unserem Paderborner Partner **Dr. Nils Gronemeyer** einen Lehrauftrag für das „Raumordnungs-, Bau- und Planungsrecht“ erteilt.

Seit Januar 2006 verstärkt Herr Rechtsanwalt **Dr. Jens Hoffmann** unser Büro in Detmold. Herr Dr. Hoffmann hat Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum studiert. Nach der Ablegung seines ersten juristischen Staatsexamens im Jahr 2001 arbeitete er ein halbes Jahr in der Deutsch-Irischen IHK in Dublin. Danach war er zwei Jahre lang als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Steuerrecht (Prof. Dr. Roman Seer) der Bochumer Universität tätig. Anschließend nahm er das Referendariat auf, welches er Ende des Jahres 2005 beendete. Ebenfalls im Jahr 2005 schloss er seine rechtsvergleichende Dissertation („Die Besteuerung von Kapitalgesellschaften und ihren Anteilseignern in Irland im Vergleich zu Deutschland – zugleich ein Beitrag zu den Grenzen des Steuerwettbewerbs in der EU“) erfolgreich ab. Herr Dr. Hoffmann ist vornehmlich auf den Gebieten des allgemeinen Zivilrechts, des Gesellschaftsrechts und des unternehmensnahen Steuerrechts tätig.

Herr **Dr. Sebastian Meyer** (Bielefeld) hat im aktuellen Heft der Zeitschrift *Kommunikation & Recht* einen Beitrag über "Vanity-Nummern in Deutschland" (K&R 2006, 116) veröffentlicht, der sich mit der Verbreitung dieser speziellen Rufnummern auseinandersetzt und die rechtlichen Problembereiche aufzeigt. Im Februar 2006 hat Herr Dr. Meyer zum Thema "Vanity-Nummern in Europa" bereits einen Vortrag im Rahmen des Internationalen Rechtsinformatik Symposiums in Wien gehalten.

Am 26. und 27. April 2006 findet zum dritten Mal die Kongress-Messe *OWL Security* statt. Gastgeber ist dieses Mal die Industrie- und Handelskammer Lippe zu Detmold. Im Rahmen der dortigen Vortragsreihe zum IT-Recht, zur Risikovorsorge und zur Vertragsgestaltung werden auch unsere Kollegen **Dr. Bernhard König** (Detmold) und **Dr. Sebastian Meyer** (Bielefeld) vertreten sein. Informationen zur Messe finden Sie im Internet unter „www.owl-security.de“.

Am 12. und 13. Mai 2006 findet in Warschau unter der Federführung der *International Association of Lawyers* ein international besetzter Kongress zum grenzüberschreitenden Warenver-

trieb statt. Referent ist unter anderem auch unser Gütersloher Partner **Prof. Dr. Burghard Piltz**.

Das UN-Kaufrecht war auch Gegenstand eines Vortrages, den **Prof. Dr. Piltz** am 1. Februar 2006 in den Räumen der *Westfälischen Wilhelms-Universität* auf Einladung der dortigen „Forschungsstelle Anwaltsrecht“ gehalten hat. Erklärtes Anliegen von Herr Prof. Dr. Piltz war es, den Blick der zuhörenden Anwälte und Studenten nicht nur auf die praktische Relevanz des UN-Kaufrechts zu lenken, sondern auch dessen Vorteile bei der rechtlichen Gestaltung internationaler Verträge über den Warenvertrieb aufzuzeigen.

Herr **Dr. Franz Tepper** (Gütersloh) hat am 26. Januar 2006 anlässlich des von der IHK Ostwestfalen zu Bielefeld veranstalteten „Investorentreffens Polen“ einen Vortrag zum Thema „Unternehmensgründung und –besteuerung, Rechtsformen, Geschäftsführerhaftung“ gehalten.

Bereits am 1. November 2005 hat Herr Rechtsanwalt **Nils Wigginghaus** seine Tätigkeit in unserem Gütersloher Büro aufgenommen. Herr Wigginghaus hat in Konstanz studiert und nach dem Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Jahre 2004 sein Zweites Staatsexamen abgelegt. Anschließend war er bis zu seinem Eintritt in unsere Sozietät als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Astrid Stadler) an der Universität Konstanz tätig. Herr Wigginghaus wird die Bereiche Handels- und Gesellschaftsrecht sowie allgemeines Zivilrecht betreuen.
