





Liebe Leserinnen und liebe Leser,

wir freuen uns sehr, Ihnen unseren ersten BRANDI Report für 2021 vorlegen zu können. Wie gewohnt, berichten Kolleginnen und Kollegen aus den Kompetenzgruppen Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht/M&A über rechtliche Neuerungen. Aber nicht nur aus den Fachbereichen gibt es spannende Neuigkeiten, sondern auch im BRANDI Report selbst.

Schon im letzten Jahr haben wir uns dem Thema Nachhaltigkeit gewidmet, als wir uns an der Aktion „BÄUME“ für den Teuteburger Wald beteiligt haben und möchten dieses Thema weiter vertiefen. Lesen Sie in dieser Ausgabe, warum Recyclingpapier nicht so schlecht ist wie sein Ruf.

#### Holger Wagener, M.B.L-HSG, MBA (NYU)

Herr Wagener verfügt über langjährige Erfahrung und profunde Expertise bei der Begleitung von M&A Transaktionen sowohl im nationalen als auch im internationalen Kontext. Dabei ist er es gewohnt auch interdisziplinäre Teams in diesen Transaktionen zu führen und die Projektsteuerung zu übernehmen. Herr Wagener berät außerdem zahlreiche Mandanten in allen Bereichen des (internationalen) Gesellschaftsrechts und hat sich insbesondere im Bereich der Auseinandersetzung von Gesellschaftern in Familienunternehmen profiliert. Schließlich liegt ein Schwerpunkt seiner Beratung im Bereich der Konfliktlösung bei Streitigkeiten in Familiengesellschaften.

Seit Januar 2021 verstärkt Herr Rechtsanwalt Holger Wagener das Team von BRANDI Hannover.



#### Marcel Wurzer

Herr Wurzer schloss im Anschluss an das Abitur ein duales Studium bei der Polizei mit dem Titel BA Polizeivollzugsdienst ab, wo er seine Liebe zu den Rechtswissenschaften entdeckte.

Danach studierte er Jura an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität in Hannover. Schon während des Studiums faszinierte ihn das Gesellschaftsrecht, sodass er den Schwerpunkt Arbeits- und Gesellschaftsrecht wählte. Im Referendariat absolvierte er die Anwalts- und Wahlstation bei KPMG Law in den Bereichen Gesellschaftsrecht/M&A sowie Banking & Finance.

Seit Januar 2021 ist Herr Wurzer im Bereich Gesellschafts- und Insolvenzrecht im BRANDI Team Hannover tätig.

#### Kai Robin Schnitzmeyer

Er absolvierte sein Jurastudium an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn und das Referendariat am Landgericht Paderborn. Nach dem Studium war er bereits als wissenschaftlicher Mitarbeiter und während der Rechtsanwaltsstation als Rechtsreferendar für BRANDI Rechtsanwälte in Paderborn tätig. Seine Wahlstation absolvierte Herr Schnitzmeyer bei einer international tätigen Wirtschaftskanzlei und arbeitete dort vorwiegend in dem Bereich Gesellschaftsrecht/M&A.

Seit Januar 2021 unterstützt Herr Schnitzmeyer als Rechtsanwalt das BRANDI Team in Paderborn in den Bereichen Erbrecht und Gesellschaftsrecht.



#### Dennis Pielsticker

Er studierte Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld und der Universidad Pompeu Fabra Barcelona. Nach seinem Studium arbeitete er als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Professor Markus Artz an der Universität Bielefeld. Das Referendariat absolvierte er im Anschluss daran am Landgericht Bielefeld. Dabei leistete er seine Wahlstation bei BRANDI Rechtsanwälte ab. Er ist Autor einiger mietrechtlicher Fachbeiträge, ständiger Mitarbeiter der Neuen Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht und ab dem Sommersemester 2021 Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Bielefeld.

Seit Februar 2021 unterstützt Herr Pielsticker das BRANDI Team in Bielefeld im Bereich des Immobilienrechts.

Wir haben uns entschlossen, sofern überhaupt noch auf Papier gedruckt werden muss, dieses zu großen Teilen auf Recyclingpapier zu tun. Für uns ein kleiner aber wichtiger Schritt zum Thema Nachhaltigkeit.

Weiterhin freuen wir uns sehr, Ihnen unsere neuen Kollegen Herrn Holger Wagener, Herrn Marcel Wurzer, Herrn Kai Robin Schnitzmeyer und Herrn Dennis Pielsticker vorstellen zu können. Bekannte Gesichter aus unserem Team, Frau Inka Caspar und Herr Björn Mai lassen uns ein wenig über den beruflichen Horizont hinweg schauen und erklären, was die Heimat so liebenswert macht.

Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen bei der Lektüre.  
Ihr BRANDI Team



<b>Fragen an Inka Casper</b>	<b>4</b>
<b>Arbeitsrecht</b>	<b>5</b>
Dr. Sören Kramer Impfpflicht für Arbeitnehmer?	5
Dr. Benjamin Karras Die diskriminierungsfreie Stellenausschreibung: ein Ding der Unmöglichkeit?	6
Bernd Kaufhold Neue Optionen für den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess	7
<b>BRANDI forstet auf</b>	<b>8</b>
Björn Mai Die Hochkonjunktur des Homeoffice	10
Meike Potthast Arbeiten 4.0 – Sind Crowdworker Arbeitnehmer?	11
Dr. Rainer Krüger Arbeitsgerichte sind für Geschäftsführer nicht unbedingt besser!	12
Dr. Sandra Vyas Equal Pay für Frauen und Männer? Drei aktuelle Urteile des BAG zum Entgelttransparenzgesetz	13
<b>„Recyclingpapier ist grau und hässlich“</b>	<b>14</b>
<b>Gesellschaftsrecht/M&amp;A</b>	<b>17</b>
Dr. Sven Hasenstab und Inka Casper Sichere Gestaltung bei der Einwerbung von Mezzanine-Kapital	17
Dr. Carsten Christophery, LL.M. Das Management bleibt! – Die Minderheitsbeteiligung nach einem Unternehmenskauf	18
Dr. Helmut Dröge Die Güterstandsschaukel – Ein Modell zur legalen Steuerersparnis	19
<b>Fragen an Björn Mai</b>	<b>21</b>
Matthias Menebröcker Besteht bei dem fakultativen Aufsichtsrat oder Beirat einer GmbH die Pflicht, die Mitglieder des Aufsichtsrates zu veröffentlichen?	22
Holger Wagener Die Societas Europae & Co. KGaA als besonders geeignete Rechtsform kapitalmarktfinanzierter Familienunternehmen?	23
<b>BRANDI fördert Studierende</b>	<b>25</b>
<b>Veranstaltungsticker</b>	<b>26</b>
<b>BRANDI gibt es jetzt auch zum Hören</b>	<b>27</b>





## FRAGEN AN INKA CASPER

### WARUM BRANDI?

Für mich zeichnet sich die Kanzlei dadurch aus, dass wir gemeinsam – oftmals Fachgebiete übergreifend – an optimalen Projekt- oder Konfliktlösungen für den Mandanten arbeiten und alle Zahnräder ineinandergreifen lassen. Das war mir sehr wichtig, weil für mich halbseidene Lösungen kein Ergebnis sein können. Ich wollte gern Teil des BRANDI Teams werden, das ich nach meinem Referendariat bereits kannte und vor diesem Hintergrund zu schätzen wusste.

### WAS TREIBT MICH AN?

Es bereitet mir immer wieder aufs Neue Freude, für und mit Mandanten Strategien zu entwickeln, um ihre Ansprüche bestmöglich umzusetzen beziehungsweise unberechtigte Forderungen abzuweisen. Insbesondere die Vertretung vor Gericht und die dort zu sammelnden Eindrücke geben Anschub und Motivation für jeden neuen Fall.

Ich begleite unsere Mandanten mit Vorliebe rund um ihre Immobilienprojekte; von den Vertragsverhandlungen, Finanzierungsoptionen über die Gestaltung und Betreuung der Mietverhältnisse bis hin zur streitigen Auseinandersetzung über Sach- und Werkmängel.



Inka Casper  
Rechtsanwältin  
inka.casper@brandi.net

### AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH...?

Meine sportlichen Hobbies, die mir täglich Ausgleich bieten. Am schönsten ist das natürlich draußen in der Natur mit meinem Pferd. Für einen schönen Spaziergang oder eine Laufrunde auf meinen eigenen Beinen finde ich aber auch regelmäßig Zeit.

### HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Hannover liebe ich als Stadt von perfekter Größe, die sich mir täglich mit ihren vielfältigen Möglichkeiten als besonders lebenswert beweist. Teile der Eilenriede durchbrechen die Stadtfläche immer wieder, sodass man fast einmal komplett durch die Stadt im Grünen radeln kann.

Dr. Sören Kramer

### Impfpflicht für Arbeitnehmer?

„Geimpft oder nicht geimpft?“ – Auch, wenn vielerorts darüber geklagt wird, dass das Impfen der Bevölkerung gegen das Virus SARS-CoV-2 in Deutschland zu langsam vorangehe, ist doch unverkennbar, dass dieser Prozess – einmal erfolgreich angestoßen – zu einer steten Erhöhung der Impfquote in der Bevölkerung führen wird. Damit geht die Frage einher, ob geimpften Menschen Privilegien gewährt werden dürfen, etwa uneingeschränkter Zugang zu kulturellen Einrichtungen wie Theatern und Museen, erleichterter Zugang zu Restaurants, Cafés und Gaststätten oder erleichterte Möglichkeit zu reisen. Die politische Diskussion über derartige Privilegien hat gerade erst begonnen.

Zwei wichtige Parameter prägen die Diskussion: Zum einen wird die Medizin die Frage beantworten müssen, ob eine Impfung nicht nur dem bloßen Eigenschutz, sondern auch dem Fremdschutz dient, indem sie nämlich die Möglichkeit einer Ansteckung durch Geimpfte signifikant reduziert oder gar ausschließt. Eine weitere wichtige Grundlage der Diskussion ist das Fehlen einer Impfpflicht: Die Coronavirus-Impfverordnung sieht eine solche Impfpflicht – anders als etwa im Falle der Masernimpfung nach dem Masernschutzgesetz – nicht vor.

Doch wie ist die Situation am Arbeitsplatz? Darf der Arbeitgeber anordnen, dass die Beschäftigten sich impfen lassen? Kann der Arbeitgeber ungeimpfte Arbeitnehmer und deren fehlende Impfbereitschaft durch Aussprache einer Kündigung sanktionieren? Darf der Arbeitgeber impfunwillige Arbeitnehmer durch Auslobung von Vergünstigungen (etwa durch eine „Impfprämie“) dazu motivieren, den „kleinen Pieks“ über sich ergehen zu lassen? Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrages gibt es hierzu, soweit ersichtlich, noch keine gerichtlichen Entscheidungen. Die Diskussion in der „Arbeitsrechtsszene“ hingegen ist im vollen Gange. Dieser Beitrag versucht, die Dinge zu sortieren und eine erste Einschätzung zu bieten.

1. Der Arbeitgeber wird nur in seltenen Ausnahmefällen berechtigt sein, seine Arbeitnehmer anzuweisen, sich impfen zu lassen. Allerdings hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, dass große Teile seiner Belegschaft geimpft sind. Entgeltfortzahlungskosten würden sich hierdurch ebenso reduzieren wie teure Hygienemaßnahmen und sonstige Schutzmaßnahmen zur Eindämmung der Pandemie. Auch käme der Arbeitgeber durch Anweisung einer allgemeinen Impfpflicht seiner Pflicht zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer nach. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung wird sich allerdings im Regelfall das grundrechtlich geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit der Arbeitnehmer gegenüber den Interessen des Arbeitgebers durchsetzen.

Allenfalls dann, wenn die Arbeitnehmer (etwa in Krankenhäusern oder Altenpflegeeinrichtungen) einen Anspruch auf privilegierte Impfung haben und die Personen, mit denen sie im Berufsalltag in ständigem Kontakt stehen (etwa Patienten oder Bewohner der Altenpflegeeinrichtungen) noch nicht geimpft sind, erscheint eine arbeitgeberseitige Weisung denkbar.

2. Eine verhaltensbedingte Kündigung scheidet dann aus, wenn der Arbeitnehmer durch die Weigerung, sich impfen zu lassen,

gerade keine arbeitsrechtliche Verpflichtung verletzt. Anders gewendet: Wenn und soweit eine Impfpflicht nicht durch Weisung durchgesetzt werden kann, kann an die Weigerung, sich impfen zu lassen, auch keine arbeitsrechtliche Sanktion geknüpft werden.

Eine personenbedingte Kündigung kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer ohne Impfung außerstande ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Typischerweise wird der Arbeitgeber allerdings auch in „sensiblen“ Einrichtungen wie Krankenhäusern oder Altenpflegeeinrichtungen durch andere Schutzmaßnahmen, insbesondere durch regelmäßige Tests, die Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers erhalten können. Im Übrigen wäre vor Aussprache einer personenbedingten Kündigung auch zu klären, ob nicht die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes möglich ist.

Denkbar erscheint hingegen die Aussprache einer betriebsbedingten Kündigung. Diese setzt voraus, dass der Arbeitgeber entscheidet, ab einem bestimmten Zeitpunkt in seinem Betrieb oder in Teilen des Betriebes nur noch geimpftes Personal zu beschäftigen. Sicherlich bedarf eine solche Entscheidung einer sachlichen Begründung. In Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen ließe sie sich allerdings ohne weiteres finden. Dasselbe dürfte aber auch für Einrichtungen gelten, in denen Publikumsverkehr herrscht (etwa Warenhäuser, Restaurants, Hotels oder andere Dienstleistungsbetriebe). Das Arbeitsgericht wird eine solche unternehmerische Entscheidung allerdings nicht nur dahingehend überprüfen, ob sie missbräuchlich ist, sondern auch, ob sie konsequent umgesetzt wird. Konkret bedeutet dies, dass der Betreiber des Altenpflegeheims tatsächlich alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die nicht geimpft sind, ab einem bestimmten Zeitpunkt vom Dienst ausschließen müsste. Angesichts der Personalknappheit, gerade in dieser Branche, ist ein solches Szenario kaum denkbar.

3. Während die Durchsetzung einer Impfpflicht durch Weisung und die Sanktionierung der Impfverweigerung durch Kündigung vermutlich reine arbeitsrechtliche Theorie bleiben wird, erscheint es ohne weiteres zulässig, dass der Arbeitgeber freiwillige Impfungen durch die Betriebsangehörigen etwa durch Auslobung von Prämien belohnt. Auch ist der Arbeitgeber berechtigt, Arbeitnehmer, die eine Impfung verweigern, vom Zutritt zu bestimmten Betriebsbereichen (etwa zur Kantine und zu sonstigen Gemeinschaftsräumen) auszuschließen und sie auch von der Teilhabe an Vergünstigungen auszuschließen: Nur Ungeimpfte wären dann weiter verpflichtet, eine Maske zu tragen; nicht geimpfte Arbeitnehmer könnten von der Teilnahme am Betriebsausflug oder am Betriebsfest ausgeschlossen werden.

### Fazit:

Die Anordnung einer allgemeinen betrieblichen Impfpflicht durch den Arbeitgeber ist nicht möglich; allein in seltenen Ausnahmefällen kommt die Durchsetzung der Impfung mittels arbeitgeberseitiger Weisung in Betracht. Folgerichtig ist auch die Aussprache einer Kündigung wegen Verweigerung der Corona-Schutzimpfung unzulässig. Eine betriebsbedingte Kündigung erscheint grundsätzlich denkbar, will aber im Hinblick auf die betriebliche Gesamtsituation wohl erwogen sein. So unangenehm die Pandemie-Situation auch sein mag und so belastend sie für die Allgemeinheit und für den Einzelnen ist, bringt sie doch



spannende arbeitsrechtliche Fragen mit sich. Die Lösung der hier nur cursorisch angesprochenen arbeitsrechtlichen Probleme mit dem vorhandenen „arbeitsrechtlichen Werkzeugkasten“ wird uns noch über viele Jahre hinweg beschäftigen.



**Dr. Sören Kramer**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
soeren.kramer@brandi.net

Dr. Benjamin Karras

### Die diskriminierungsfreie Stellenausschreibung: ein Ding der Unmöglichkeit?

Eine Stellenausschreibung dient dazu, den für das Unternehmen interessanten Bewerberkreis anzusprechen und zu einer Bewerbung zu motivieren. Negativ formuliert sollen Personen ausgeschlossen werden, die nicht zur Zielgruppe für die angestrebte Besetzung des Arbeitsplatzes gehören. Allerdings laufen manche Formulierungen für Stellenausschreibungen Gefahr, unmittelbar oder mittelbar diskriminierend zu sein. Zahlreiche Gerichtsurteile zeigen, dass die insoweit geltenden Anforderungen den Arbeitgebern nicht immer bekannt sind. Auf welche Fallstricke beim Entwerfen einer Stellenausschreibung geachtet werden muss und wie sie vermieden werden können, soll im Folgenden vorgestellt werden.

#### Rechtliche Grundlagen

Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) untersagt es in § 11, in Stellenausschreibungen in ungerechtfertigter Weise an ein geschütztes Merkmal im Sinne des § 1 AGG (Geschlecht, Religion, Behinderung etc.) anzuknüpfen. Die Stellenausschreibung darf demnach nicht so formuliert sein, dass sie eine unzulässige Diskriminierung enthält. In der Praxis präsentieren sich dabei vor allem drei Themen, bei denen erhöhte Aufmerksamkeit geboten ist.

#### Problemfelder in der Praxis

Eines der verbotenen Unterscheidungsmerkmale ist das **Geschlecht**. In der Vergangenheit betrafen die dazu ergangenen Gerichtsentscheidungen die Frage, ob einzelne Stellen ausschließlich für Frauen oder Männer ausgeschrieben werden dürfen (so etwa für eine Sportlehrerin für Unterricht in einer Mädchenklasse vom Bundesarbeitsgericht verneint). Dass es mittlerweile nahezu keine Berufe gibt, die ausschließlich einem Geschlecht vorbehalten sind, hat sich allerdings herumgesprochen. Ausdrückliche und bewusste Diskriminierungen sind deshalb selten.

Aber auch unbewusst kann sich eine Stellenausschreibung nur an Männer (oder Frauen) richten. Sofern für die Tätigkeitbezeichnung die männliche Form gewählt wird (z. B. Monteur), ist zwingend darauf hinzuweisen, dass sich (selbstverständlich) auch Frauen bewerben können. Zumeist wird dies durch den Klammersatz „(m/w)“ getan. Zukünftig könnte es weiter erforderlich sein, solche Personen ausdrücklich miteinzubeziehen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht angehören (z. B. durch den Zusatz „divers“ bzw. „d“). Die Rechtslage ist insofern aber noch nicht abschließend geklärt.

Nach dem AGG sind zudem Benachteiligungen wegen einer **Behinderung** verboten. Stellenausschreibungen müssen danach so formuliert sein, dass sie nicht auf eine (auch mittelbare) Benachteiligung wegen einer Behinderung hindeuten. Relevant wird dies vor allem bei körperlich fordernden Berufen. Hier ist es untersagt, bestimmte Personengruppen von vornherein von der Bewerbung auszuschließen. Nicht zulässig ist es danach beispielsweise zu schreiben, dass die Stelle „für Menschen mit Bandscheibenvorfällen nicht geeignet“ sei. Möglich ist es hingegen, den Arbeitsplatz mit seinen objektiven Anforderungen konkret zu beschreiben. Denkbar wäre also eine Formulierung, wonach „die Tätigkeit das Heben schwerer Gegenstände“ erfordert. Ebenso dürfte es möglich sein, in allgemeiner Form Belastbarkeit und Flexibilität zu verlangen, da hier nicht ersichtlich ist, dass Menschen mit Behinderung diese Eigenschaften typischerweise nicht aufweisen.

Das in der Praxis präsenteste und zugleich problematischste Merkmal ist das **Alter**. Die von der Rechtsprechung bereits behandelten Formulierungen reichen von der Eigenbeschreibung als „junges, dynamisches Team“ über die Suche nach dem „frisch gebackenen Juristen“ bis hin zum „Senior Consultant“. Der allgemeine Trend in der Rechtsprechung ist es, immer strenger zu werden. Wenn also eine Stellenausschreibung darauf hindeutet, dass sie (jedenfalls in der Regel) nur Menschen ab oder bis zu einem bestimmten Lebensalter anspricht, liegt ein Verstoß gegen das AGG nahe.

Dies betrifft sogar Formulierungen, die Berufserfahrung voraussetzen oder nur für wünschenswert erachten. Denn typischerweise haben ältere Menschen mehr Berufserfahrung bzw. jüngere noch gar keine erworben. Eine potentiell diskriminierende Formulierung wie „mit einigen Jahren Berufserfahrung“ kann aber nach dem Bundesarbeitsgericht dadurch „gerettet“ werden, dass Bewerbungen von Berufsanfängern (m/w/d) ausdrücklich auch willkommen sind. Sofern die Berufserfahrung nicht aus außergewöhnlichen, zwingenden Gründen notwendig ist, sollte deshalb auf dieses Kriterium in der Stellenausschreibung verzichtet werden.

#### Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot

Sollte eine Stellenausschreibung nach den oben dargestellten Maßstäben zu beanstanden sein, zieht dies verschiedene Rechtsfolgen nach sich. Aus Sicht der Arbeitgeberin ist es „immerhin“ so, dass ein unterlegener Bewerber sich nicht auf den Arbeitsplatz einklagen kann, weil die Ausschreibung diskriminierend gewesen sei. Der Gesetzgeber hat hier in § 15 AGG stattdessen eine Schadensersatz- bzw. Entschädigungspflicht vorgesehen.

Die Schadensersatzpflicht greift, wenn bei diskriminierungsfreier Stellenausschreibung der unterlegene Bewerber tatsächlich ausgewählt worden wäre. Dann hat der Arbeitgeber alle entstandenen Schäden zu ersetzen. Dies betrifft insbesondere auch entgangenen Arbeitslohn. Eine Entschädigung in Geld ist daneben für den Schaden zu leisten, der kein Vermögensschaden ist. Es handelt sich also um eine Art „Schmerzensgeld“. Ob eine unterlegene Bewerberin ohne die Kündigung erfolgreich gewesen wäre, spielt für die Frage, ob es eine Entschädigung gibt, keine Rolle. Nur die Höhe wird dadurch begrenzt, dass ein Arbeitnehmer auch ohne Diskriminierung den Arbeitsplatz nicht erhalten hätte. Dann können maximal drei Monatsgehälter als Entschädigung verlangt werden.

Die besondere Problematik der diskriminierenden Stellenausschreibung liegt für den Arbeitgeber darin, dass sie ein Indiz für eine ungerechtfertigte Benachteiligung begründet. Daraus folgt nach § 22 AGG eine Umkehrung der Beweislast. Es ist dann Sache der Arbeitgeberin zu beweisen, dass ein Bewerber tatsächlich nicht unzulässig benachteiligt wurde. Das ist in der Praxis kaum möglich. Die Umkehrung der Beweislast nimmt deshalb in der Regel schon den Ausgang des Prozesses vorweg. Hinzu kommt, dass bei einer diskriminierenden Stellenausschreibung das Indiz für die Benachteiligung bereits „schwarz auf weiß“ vorliegt. Anders als zum Beispiel bei diskriminierenden Fragen im Vorstellungsgespräch bestehen für eine unterlegene Bewerberin hier in der Regel keine Beweisprobleme.

#### Hinweise für die Praxis

In praktischer Hinsicht ist darauf zu achten, Stellenausschreibungen so neutral wie möglich zu formulieren. Dies steht mit der oben beschriebenen Funktion, den ins Auge gefassten Bewerberkreis einzugrenzen, in Konflikt. Zur Vermeidung von Schadensersatz- und Entschädigungspflichten ist es aber sinnvoll, diesen Konflikt zugunsten der neutralen Formulierung aufzulösen. Wichtig ist dabei festzuhalten, dass manche der als mittelbar diskriminierend bewerteten Formulierungen zwar in Stellenausschreibungen vermieden werden sollen, die dahinterliegenden Erwägungen aber sehr wohl für die spätere Auswahlentscheidung herangezogen werden dürfen. So ist es selbstverständlich ein zulässiges Kriterium, zwischen verschiedenen Bewerbern nach ihrer fachlichen Eignung zu unterscheiden. Die höhere fachliche Eignung wiederum kann sich dabei auch aus einer längeren Berufserfahrung ableiten. Nur die Stellenausschreibung selbst sollte Bewerberinnen ohne Berufserfahrung nicht vornherein ausschließen.



**Dr. Benjamin Karras**  
Rechtsanwalt  
benjamin.karras@brandi.net

Bernd Kaufhold

### Neue Optionen für den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess

Die Ausgangskonstellation ist in fast allen Kündigungsschutzverfahren gleich. Der Arbeitgeber spricht die Kündigung aus, der Arbeitnehmer klagt. Nach Ablauf der Kündigungsfrist (bzw. bei einer fristlosen Kündigung ab sofort) stellt der Arbeitgeber die Lohnzahlung ein, da nach seiner Ansicht ja kein Arbeitsverhältnis mehr besteht. Über die seitens des Arbeitnehmers zusätzlich erhobene Vergütungsklage entscheiden die Arbeitsgerichte regelmäßig Monate (nach Instanzenzug ggf. auch Jahre!) später, regelmäßig gemeinsam mit dem Urteil über die Kündigungsschutzklage. Verliert der Arbeitgeber, muss er den gesamten aufgelaufenen Bruttolohnanspruch nachzahlen. Je länger das Verfahren dauert, desto größer ist damit das wirtschaftliche Risiko des Arbeitgebers. Damit ist die reine Verfahrensdauer eines der entscheidenden Druckmittel der Arbeitnehmer im Rahmen von Abfindungsverhandlungen. Einfacher ausgedrückt galt bisher: je länger das Verfahren desto höher die Abfindung.

#### Änderung der Rechtsprechung

Nun hat das Bundesarbeitsgericht seine bisher geltende Rechtsprechung geändert und dem Arbeitgeber für die Verteidigung gegen den Verzugslohnanspruch des Arbeitnehmers ein wirksames Werkzeug in die Hand gegeben. Die Arbeitgeber haben jetzt die erfolgsversprechende Möglichkeit, sich gegen die aufgelaufenen Vergütungsansprüche zu wehren und so das Verfahrensrisiko deutlich zu vermindern. Es kann nur jedem Arbeitgeber dringend geraten werden, diese neuen Optionen zu nutzen.

#### Der Fall

Der Kläger war bei der Beklagten als Bauhandwerker beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis (mehrfach) und zahlte beginnend mit dem 01.02.2013 keine Vergütung mehr an den Kläger. Der Kläger klagte den Vergütungsanspruch für einen Zeitraum von 34 Monaten ein. Die Beklagte verlangte widerklagend schriftliche Auskunft von dem Kläger, welche Stellenangebote ihm durch die Bundesagentur für Arbeit (BAA) und das Jobcenter für den betreffenden Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 30.11.2015 unterbreitet wurden. Hierbei sollte der Arbeitnehmer konkret die angebotene Tätigkeit, die Arbeitszeit, den Arbeitsort sowie die angebotene Vergütung in Euro benennen.

#### Die Entscheidung

Wie schon in den Vorinstanzen behielt der Arbeitgeber auch bei dem BAG (Urt. vom 27.05.2020) Recht. Der Arbeitnehmer muss sich auf den von ihm geltend gemachten Vergütungsanspruch nicht nur tatsächlich erzielte Einkünfte bei anderen Arbeitgebern anrechnen lassen. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, ob der Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzverfahrens anderweitige Verdienstmöglichkeiten liegen lässt. Der Arbeitnehmer muss sich aktiv um anderweitigen Verdienst bemühen. Die BAA ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer u. a. durch das Unterbreiten von Stellenangeboten bei der Arbeitssuche zu helfen. Der Arbeitgeber hat regelmäßig keine Kenntnis davon, ob und welche anderweitigen Verdienstmöglichkeiten der Arbeitnehmer hat. Schon gar nicht weiß der Arbeitgeber, wie hoch eine Vergütung gewesen wäre, wenn der Arbeitnehmer die ihm vorliegenden Arbeitsplatzangebote denn genutzt hätte. Ein entsprechender unmittelbarer Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegen die BAA besteht wegen



## BRANDI FORSTET AUF

Aus Anlass unseres 125-jährigen Jubiläums haben wir für den Teutoburger Wald gespendet. Die Spende in Höhe von 50.000,00 Euro haben wir am Freitag, den 18.12.2020, im Namen der Sozietät an Oberbürgermeister Pit Clausen übergeben. Mit der Aktion „BRANDI forstet auf“ sollen 25.000 Bäume, insbesondere Traubeneichen und Buchen, auf circa fünf Hektar am Südhang des Bielefelder Stadtwalds gepflanzt werden.

Unsere Kanzlei wurde vor 125 Jahren hier in Bielefeld gegründet und ist seitdem kontinuierlich und vor allem nachhaltig gewachsen. Wir sind in Ostwestfalen tief verwurzelt und mit der Region und den hier lebenden Menschen eng verbunden. Daher wollen wir anlässlich unseres Jubiläums ein Zeichen setzen und engagieren uns für den Wald hier in der Region, der durch die vom Klimawandel bedingte Dürre der letzten Jahre hart getroffen wurde.

Der Teutoburger Wald gehört teilweise zum europaweiten Schutzgebietssystem „Natura 2000“ und steht unter Naturschutz. Die Buchen- und Fichtenwälder haben hier in den letzten Jahren erhebliche Dürreschäden erlitten. Aber auch Stürme und Schädlinge wie der Borkenkäfer haben die Bestände dezimiert und zu flächendeckendem Baumsterben, vor allem in Monokulturen, beigetragen.

Die Stadt Bielefeld hat im Stadtwald, der rund 80 Hektar umfasst und zu 56 Prozent aus Laubbäumen (u. a. Eiche, Buche, Pappel) und 44 Prozent aus Nadelbäumen (u. a. Kiefer, Fichte, Douglasie, Lärche) besteht, über eine Spendenaktion im Frühjahr 2020 bereits mehr als 20.000 Bäume gepflanzt.

Im Frühjahr 2021 wurde im Stadtwald mit den Pflanzungen der ersten von 25.000 Bäumen begonnen.





des Sozialgeheimnisses nicht. Nach der geänderten Rechtsprechung des BAG ist nun aber der Arbeitnehmer selbst verpflichtet, dem Arbeitgeber Auskunft bezüglich der ihm unterbreiteten Stellenangebote zu erteilen. Tut er dies nicht, kann er für den betreffenden Zeitraum auch keinen Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber durchsetzen.

#### Fazit und Handlungsempfehlung

Durch den (neuen) Auskunftsanspruch steht dem Arbeitgeber nun ein wirkungsvolles Werkzeug zur Verfügung, um sich gegen einen Verzugslohnanspruch des Arbeitnehmers zu wehren. Dieses Werkzeug sollte der Arbeitgeber ggf. schon vor, mindestens aber während der Verzugslohnklage nutzen.

So kann es für den Arbeitgeber durchaus sinnvoll sein, den Arbeitnehmer bei der Jobsuche nach Möglichkeit zu unterstützen und diesem anderweitige Verdienstmöglichkeiten (nachweisbar!) mitzuteilen. Jedenfalls bei zumutbaren Angeboten, wird der Arbeitnehmer dann die anderweitige Arbeitsmöglichkeit ernsthaft in Betracht ziehen müssen.

Zudem sollte der Arbeitgeber erwägen, den Arbeitnehmer vorsorglich von seinem vertraglichen Wettbewerbsverbot zu entbinden, um die Einsatzmöglichkeiten des Arbeitnehmers während des nachfolgenden Kündigungsschutzverfahrens zu erhöhen. Auch sollte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zeitnah ein Zeugnis erteilen, dass sich tatsächlich zu Bewerbungszwecken eignet (wenn der Inhalt des Zeugnisses nicht unbedingt als Verhandlungsmasse bei Vergleichsverhandlungen benötigt wird).

Im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens auf Zahlung des Verzugslohns sollte der Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer Auskunft über die ihm zugeleiteten Arbeitsangebote verlangen. Der Arbeitnehmer wird nun konkret Auskunft erteilen – und ggf. darlegen müssen, ob er sich arbeitslos gemeldet – und wie er auf ihm vorliegende Arbeitsangebote reagiert hat. Sind die Auskunft des Arbeitnehmers oder dessen Bemühungen um eine anderweitige Verdienstmöglichkeit unzureichend, entfällt der (regelmäßig erhebliche) Verzugslohnanspruch.



**Bernd Kaufhold**  
Rechtsanwalt und Mediator  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Strafrecht  
bernd.kaufhold@brandi.net

Björn Mai

#### Die Hochkonjunktur des Homeoffice

Um die epidemiologisch relevanten Kontakte am Arbeitsplatz und auf dem Weg zur Arbeit zu reduzieren, haben die Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 03.03.2021 beschlossen, die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung bis zum 30.04.2021 zu verlängern. Demnach haben Arbeitgeber den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten im Homeoffice auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Unabhängig davon befürworten bereits viele Arbeitgeber von sich aus eine Tätigkeit im Homeoffice, um einer hinreichenden Gesundheitsprävention im Unternehmen gerecht zu werden. Darüber hinaus ermöglicht es der digitale Wandel in der Arbeitswelt für viele Arbeitnehmer, mithilfe von Laptops, Tablets, Smartphones und Internettelefonie von nahezu überall, also auch von zu Hause aus, arbeiten zu können. Das Homeoffice erlebt daher derzeit eine Hochkonjunktur.

Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung befreit den Arbeitgeber bei Ein- und Durchführung einer Tätigkeit im Homeoffice allerdings nicht von den hiermit verbundenen arbeitgeberseitigen Pflichten, auf die wir nachstehend hinweisen wollen:

Die in der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung enthaltene Formulierung „anzubieten“ deutet bereits darauf hin, dass ein Arbeitgeber regelmäßig nicht in der Lage ist, eine Tätigkeit im Homeoffice einseitig anzuordnen. Zwar kann ein Arbeitgeber aufgrund des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen und innerhalb der Grenzen der arbeitsvertraglichen Regelungen näher bestimmen. Dies erfordert jedoch eine umfassende Abwägung der Rechte und Interessen der jeweiligen Arbeitsvertragsparteien. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber mit der Anordnung einer Homeoffice-Tätigkeit zumindest teilweise über die Wohnung des Arbeitnehmers verfügt, deren Unverletzlichkeit grundrechtlich geschützt ist. Wirtschaftliche Vorteile und die unternehmerische Organisationsfreiheit des Arbeitgebers reichen nicht aus, um einen solchen Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung zu rechtfertigen. Denkbar wäre es, in der aktuellen Pandemiesituation zusätzliche Aspekte der arbeitgeberseitigen Pflicht zu gesundheitlichen Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen. Teilweise wird daher vertreten, dass, wenn nicht unerhebliche Gesundheitsrisiken in einer Betriebsstätte verbleiben, die Weisung, die Arbeit für die Dauer der akuten Gefährdungslage aus dem Homeoffice zu erbringen, billigem Ermessen im Sinne des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts entsprechen kann. Höchststrichterlich entschieden ist diese Frage jedoch noch nicht.

Es empfiehlt sich daher stets, als Rechtsgrundlage für die Tätigkeit im Homeoffice eine entsprechende Vereinbarung zu schließen, die mangels Formerfordernisse notfalls auch konkludent, d. h. durch schlüssiges Verhalten der Arbeitsvertragsparteien, erfolgen kann.

In Betrieben, in denen ein Betriebsrat errichtet ist, kann eine Pflicht zur Tätigkeit im Homeoffice auch durch eine Betriebsvereinbarung begründet werden. Besteht ein Betriebsrat, stehen diesem bei Einführung der Homeoffice-Tätigkeit Mitbestimmungsrechte zu. Darüber hinaus stellt die Zuweisung des

Arbeitsorts „Homeoffice“ eine der Mitbestimmung unterliegende Versetzung im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne dar, sofern sie länger als einen Monat andauern soll.

Die Kosten für die Einrichtung des Homeoffice-Arbeitsplatzes (Anschaffung der Büroeinrichtung, Anschaffung, Wartung und Pflege der Arbeitsmittel, dienstlicher Anteil der Raummiete, Beleuchtung, Heizung) trägt in der Regel ohne abweichende vertragliche Regelung der Arbeitgeber. Soll der Arbeitnehmer eigene Arbeitsmittel nutzen, können ihm gegen den Arbeitgeber Ersatzansprüche für Kosten entstehen, die er nach den Umständen des Einzelfalls für erforderlich halten dürfte. Üblicherweise ist dies jedoch nur dann der Fall, wenn die Anschaffung im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers erfolgt ist.

Den Arbeitgeber treffen auch die mit einer Tätigkeit im Homeoffice verbundenen gesetzlichen Arbeitsschutzpflichten. Insbesondere die Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes finden auch für Arbeitsplätze im Homeoffice Anwendung. Relevant sind hierbei vor allem die Regelungen zur Beschaffenheit von Bildschirmarbeitsplätzen. Zur Ermittlung erforderlicher Maßnahmen des Arbeitsschutzes hat der Arbeitgeber eine Gefährdungsbeurteilung durchzuführen sowie die im Homeoffice tätigen Beschäftigten entsprechend der Gefährdungsbeurteilung zu unterweisen.

Die Bestimmungen des Datenschutzrechts sind auch bei der Tätigkeit im Homeoffice zu beachten. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um die Datensicherheit zu gewährleisten.

Abzugrenzen ist die Tätigkeit im Homeoffice von dem Arbeitsmodell der „mobilen Arbeit“. Hierunter versteht man ein ortsungebundenes Arbeiten von jedem denkbaren Arbeitsplatz aus. Der Arbeitnehmer entscheidet selbstständig, wo er seine Arbeitsleistung erbringt. Das Idealbild der mobilen Arbeit ist die Tätigkeit an beliebig gewählten Orten, wie Cafés, Parks etc. Zwangsläufig sind die Arbeitsschutzpflichten des Arbeitgebers im Falle mobiler Arbeit weniger ausgeprägt. Da der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer zu wählenden Arbeitsort nicht kennt, kann es ihm auch nicht zugemutet werden, für jeden erdenklichen Arbeitsplatz eine separate Gefährdungsbeurteilung sowie arbeitsschutzrechtliche Unterweisungen vorzunehmen. Auch entfällt bei mobiler Arbeit regelmäßig die Einrichtung eines Arbeitsplatzes der den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

Die Vereinbarung mobiler Arbeit wird derzeit als vermeintlicher „Clou“ gehandelt, den arbeitgeberseitigen Pflichten aus einer Tätigkeit im Homeoffice zu entgehen. Ist jedoch von vornherein klar, dass der Arbeitnehmer die Tätigkeit gar nicht an einem von ihm beliebig gewählten Ort erbringen kann, sondern faktisch oder nur unter Einsatz weiterer technischer Mittel in der eigenen Wohnung, wird man den Pflichten in Bezug auf eine Tätigkeit im Homeoffice nicht durch eine „Andersbezeichnung“ als mobile Arbeit entgehen können. Handelt es sich also tatsächlich um eine Tätigkeit im Homeoffice, wird sich der Arbeitgeber den damit verbundenen arbeitgeberseitigen Pflichten vollumfänglich stellen müssen.

Soll ein Homeoffice-Arbeitsplatz eingerichtet werden, bestehen hinsichtlich dessen Ausgestaltung und Kosten für die Einrichtung und Unterhaltung Gestaltungsmöglichkeiten. Darüber hinaus

bedarf es in Anbetracht einzuhaltender Arbeitsschutzpflichten einer Regelung zu Zugangsmöglichkeiten des Arbeitgebers zum Homeoffice-Arbeitsplatz. Bereits aus diesem Grunde empfehlen wir, unbedingt eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen.



**Björn Mai**  
Rechtsanwalt  
bjoern.mai@brandi.net

Meike Potthast

#### Arbeiten 4.0 – Sind Crowdworker Arbeitnehmer?

Der klassische Arbeitnehmer, der morgens in sein Büro geht und am Abend wieder nachhause kommt, wird immer seltener. Örtlich und zeitlich flexibles Arbeiten ist immer häufiger gefragt. Spätestens mit dem Ausbruch der Corona-Pandemie und dem damit einhergehenden „Umzug“ ins Homeoffice dürfte bekannt sein, dass sich moderne Arbeitsformen immer mehr vom klassischen Bürojob im Zuge der Digitalisierung entfernen.

Zu dieser modernen Arbeitsform zählt auch das sog. Crowdworking. Crowdworker bearbeiten Kleinstaufträge, die ihnen über Internetplattformen von Unternehmen vermittelt werden. Die Crowdworker registrieren sich dafür zunächst per Smartphone bei der jeweiligen Crowdworking-Plattform, auf der die zu erledigenden Aufgaben angeboten und vom Nutzer übernommen werden können. Typische Aufträge bestehen darin, Apps zu testen, Öffnungszeiten zu fotografieren oder online Informationen zu verifizieren. Nach erfolgreicher Ausführung der Aufgabe wird dem Konto ein festgelegter Geldbetrag gutgeschrieben, den sich der Nutzer auszahlen lassen kann.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich am 01.12.2020 mit dem Thema Crowdworking befassen. Geklagt hat ein Crowdworker, der auf diese Weise fast 1.800,00 Euro monatlich verdient hat und knapp dreitausend Aufträge für eine Plattform ausgeführt hat. Als es zu Unstimmigkeiten mit dem Plattformbetreiber kam, kündigte der Plattformbetreiber an, den Account des Crowdworkers zu sperren und keine weiteren Aufträge mehr anzubieten. Der Crowdworker klagte auf Weiterbeschäftigung und Zahlung seiner ausstehenden Vergütung. Er machte das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geltend. Grundlage der Zusammenarbeit war eine „Basis-Vereinbarung“. Ein bestimmtes Auftragsvolumen war nicht vereinbart; der Crowdworker war auch nicht verpflichtet, bestimmte Aufträge zu übernehmen – er durfte selbst entscheiden, wie oft er welche angezeigt bekam und ob er sie ausführte.

Das BAG entschied: Die Arbeitnehmereigenschaft eines Crowdworkers kann bejaht werden, sofern dieser unter Berücksichtigung der Gesamtumstände weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit leistet. Die Bezeichnung im Vertrag ist hierbei irrelevant.

Das BAG knüpft bei seiner Entscheidung an die etablierten Abgrenzungskriterien an: Selbstständig ist, wer seine Tätigkeit inhaltlich und zeitlich frei gestaltet. Arbeitnehmer ist dagegen, wer in persönlicher (nicht bloß wirtschaftlicher) Abhängigkeit fremdbestimmt tätig wird, also insbesondere weisungsabhängig ist.

Für ein Arbeitsverhältnis spricht es, wenn die Zusammenarbeit über die Online-Plattform so gesteuert ist, dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit nach Ort, Zeit und Inhalt nicht mehr frei gestalten kann. So lag auch der entschiedene Fall. Vorliegend war der Crowdworker vertraglich nicht zur Annahme von Angeboten des Auftraggebers verpflichtet. Diese Tatsache bewertete das BAG jedoch als unerheblich. Das BAG hat es aber bereits genügen lassen, dass der Crowdworker durch das Anreizsystem der Online-Plattform veranlasst wurde, kontinuierlich Aufträge zu erledigen. Mit der Anzahl der durchgeführten Aufträge stieg der Crowdworker im Bewertungssystem auf ein höheres Level und konnte dadurch gleichzeitig mehrere Aufträge annehmen und erledigen, um so einen höheren Stundensatz zu erzielen. Dies führte – so das Gericht – dazu, dass sich der Crowdworker veranlasst fühlte, kontinuierlich weitere Aufträge zu erledigen.

Trotz Annahme der Arbeitnehmereigenschaft wies das BAG die Revision überwiegend zurück, da die ausgesprochene Kündigung für wirksam gehalten wurde. Hinsichtlich der Vergütungsansprüche konnte der Crowdworker nicht die bisher vereinbarte Vergütung verlangen, weil sie für eine freie Mitarbeit, nicht aber für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer vereinbart war. Die übliche Vergütung musste noch ermittelt werden.

Bedeutet das Urteil des BAG nun das Ende für Crowdworker und die Plattformbetreiber? Crowdworker-Plattformen werden durch das Urteil des BAG sicherlich nicht von der Bildfläche verschwinden. Nichtsdestotrotz dürfte die aktuelle Entscheidung zur Verunsicherung und insbesondere auch zu einer Anpassung der rechtlichen Vorgaben durch die Online-Plattformen führen.

Es sei jedoch angemerkt, dass es im Verfahren vor dem BAG allein um die Frage der Arbeitgeberstellung des Plattformbetreibers ging. Nicht zu entscheiden hatte das Gericht, ob auch zu den

Unternehmen, die die Aufträge an Plattformen vergeben, arbeitsrechtliche Beziehungen entstehen können. In dieser Hinsicht bestehen also ebenfalls Risiken.

Unabhängig vom Ausgang des Urteils ist durch die Entscheidung diese Thematik insgesamt stärker in den Fokus der Politik gerückt. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat bereits angekündigt, die Plattformarbeit stärker regulieren zu wollen. Welche Vorschläge hier tatsächlich umgesetzt werden, wird sich allerdings noch zeigen – ein konkreter Gesetzesentwurf liegt nicht vor.

Dr. Rainer Krüger

### Arbeitsgerichte sind für Geschäftsführer nicht unbedingt besser!

Langjährig hat die Rechtsprechung GmbH-Geschäftsführer, die nicht auch Mehrheitsgesellschafter waren, bei der gesetzlichen Arbeitsfrist wie Arbeitnehmer behandelt. Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht für diese entschieden, dass die wesentlich kürzeren gesetzlichen Kündigungsfristen maßgebend sind. Dies zumindest, wenn es sich um echte Geschäftsführer-Dienstverträge handelt und keine Arbeitsverträge.

Bisher sind der Bundesgerichtshof, der für Rechtsstreitigkeiten von Geschäftsführern mit ihren Gesellschaftern zuständig ist und das Bundesarbeitsgericht, welches nur ausnahmsweise für solche Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, einhellig davon ausgegangen, dass für die GmbH-Geschäftsführer, die nicht Mehrheitsgesellschafter sind, die für Arbeitnehmer geltenden gesetzlichen Kündigungsfristen maßgeblich sind. Danach verlängert sich die ordentliche Kündigungsfrist je nach Beschäftigungsdauer bis auf max. sieben Monate zum Monatsende. Begründet wurde dies mit der Interessenlage von Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern, die insoweit mit der von Arbeitnehmern vergleichbar sei.

Nunmehr ist das Bundesarbeitsgericht von dieser Rechtsprechung abgerückt und wendet auf Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer die kürzeren gesetzlichen Fristen an, wonach sich die Kündigungsfrist nach dem Zeitraum bemisst, für den die Vergütung vereinbart ist. Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, ist das Geschäftsführer-Dienstverhältnis danach spätestens am 15. eines jeden Monats für den Schluss des Kalendermonats kündbar. Ist die Vergütung nach Vierteljahren oder einem längeren Zeitabschnitt bemessen, ist das Dienstverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen für den Schluss eines Kalendervierteljahres kündbar.

Das Bundesarbeitsgericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass die gesetzliche Regelung der Kündigungsfristen für Arbeitnehmer nach seinem Wortlaut ausschließlich für Arbeitsverhältnisse gelten. Da Geschäftsführer-Dienstverhältnisse aber nach einhelliger Auffassung keine Arbeitsverhältnisse sind, können die Vorschriften keine Anwendung finden. Eine planwidrige Regelungslücke, wonach diese ausdrücklich für Arbeitsverhältnisse geltende gesetzliche Regelung wegen der vergleichbaren Interessenlage auch für Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer gelten müsse, scheidet aus. Der Gesetzgeber habe bei der Neufassung der Vorschrift im Jahre 1993 den Wortlaut insoweit nicht angepasst. Damit habe er sich,

obwohl er die Möglichkeit gehabt hat, die Regelung anzupassen, bewusst dafür entschieden, die längere Kündigungsfrist ausschließlich auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Hieran müsse sich der Gesetzgeber nunmehr festhalten lassen.

Der Bundesgerichtshof und damit die ordentliche Gerichtsbarkeit wenden nach wie vor auf Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer die für Arbeitsverhältnisse geltenden längeren Kündigungsfristen an. Allerdings ist seit der Neufassung im Jahre 1993 vom Bundesgerichtshof explizit keine Entscheidung im Hinblick auf die Kündigungsfrist getroffen worden. Ob sich der Bundesgerichtshof insofern der geänderten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anschließen würde, bleibt abzuwarten.

Damit besteht aktuell die skurrile Situation, dass ein Fremd- oder Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer, der Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten sucht, da er sich dort einen Vorteil verspricht, im Hinblick auf die Kündigungsfristen eine nachteilige Rechtsprechung zu erwarten hat. Zugegebenermaßen ist in Geschäftsführerdienstverträgen in der Regel eine Kündigungsfrist geregelt, so dass nicht die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten. Soweit allerdings vertraglich keine Kündigungsfristen geregelt sind, die über die maximale gesetzliche Kündigungsfrist für Arbeitsverhältnisse hinausgehen, ist diese Rechtsprechungsänderung durchaus relevant. Denn hierdurch tritt zugunsten der Unternehmen keine Verlängerung der Kündigungsfristen ein, zumindest, wenn die Geschäftsführer Schutz vor den Arbeitsgerichten suchen.



Dr. Sandra Vyas

### Equal Pay für Frauen und Männer? Drei aktuelle Urteile des BAG zum Entgelttransparenzgesetz

Ziel des 2017 in Kraft getretenen Gesetzes ist es, die gleiche Bezahlung für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zu erreichen. Es regelt ein Verbot der Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechtes und enthält ein Entgeltgleichheitsgebot. Zum Zweck der Durchsetzung ihrer Rechte haben Beschäftigte in Betrieben mit mindestens 200 Beschäftigten einen individuellen Anspruch auf Auskunft über die Vergütung vergleichbarer Kollegen. Diese Regelung gilt auch für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes in Dienststellen mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten. Seit Inkrafttreten des Entgelttransparenzgesetzes hat das BAG sich in drei Fällen mit Rechtsfragen zu diesem Gesetz befasst:

#### 1. Begrenzung der Einsichts- und Auswertungsrechte des Betriebsrats

Im Juli 2020 entschied das BAG, dass dem Betriebsrat ein Einsichts- und Auswertungsrecht von Bruttoentgeltlisten nach dem Entgelttransparenzgesetz nicht zusteht, wenn der Arbeitgeber die Erfüllung der Auskunftspflicht nach dem Entgelttransparenzgesetz berechtigterweise selbst übernommen habe.

Grundsätzlich ist der Betriebsrat in ein Verfahren zur Prüfung von Entgeltgleichheit von Frauen und Männern durch Beantwortung von Auskunftsverlangen der Beschäftigten einzubeziehen. Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber eingehende Anfragen der Arbeitnehmer selbst beantwortet. In diesem Fall ist der Betriebsrat über die Anfragen und die erteilten Auskünfte zu informieren. Der Arbeitgeber hat allerdings nach Auffassung des BAG weder ein Einsichts- noch ein Auswertungsrecht. Nicht beantwortet hat das BAG die Frage, ob der Betriebsrat einen Anspruch auf physische Überlassung der Bruttoentgeltlisten geltend machen kann, wenn der Arbeitgeber die Auskunftspflichten nach dem Entgelttransparenzgesetz nicht erfüllt.

#### 2. Auskunftsanspruch auch für Selbstständige

Im Juni 2020 entschied das BAG, dass arbeitnehmerähnliche Personen unter den Anwendungsbereich des Entgelttransparenzgesetzes fallen. Nach dem Wortlaut findet das Gesetz nur auf „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ Anwendung. Die Klägerin in dem Fall war eine freie Mitarbeiterin einer Fernsehanstalt des öffentlichen Rechts und damit eine arbeitnehmerähnliche Person, die wirtschaftlich abhängig von der Fernsehanstalt war. Das BAG urteilte, dass der Anwendungsbereich des Entgelttransparenzgesetzes weit auszulegen ist und auch arbeitnehmerähnliche Selbstständige erfasse. Nur so könne eine europarechtskonforme Umsetzung der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinie erreicht werden. Dementsprechend können auch arbeitnehmerähnliche Selbstständige einen Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz geltend machen.

#### 3. Gehalt unter dem Vergleichsmedian spricht für Diskriminierung

Das Urteil zum Auskunftsanspruch gewinnt eine höhere Bedeutung unter Berücksichtigung des jüngsten Urteils des BAG zum Thema Entgelttransparenzgesetz aus Januar 2021. Das BAG entschied die umstrittene Frage, ob der Median, d. h. das Durchschnittsentgelt, eine Beweiserleichterung zugunsten der Klägerin im dortigen Verfahren auslösen kann. Geklagt hatte eine Abteilungsleiterin. Im Rahmen einer Auskunft nach dem Entgelttransparenzgesetz stellte sich heraus, dass das Durchschnittsentgelt der vergleichbar beschäftigten männlichen Abteilungsleiter um 8 % höher lag als das der beschäftigten weiblichen Abteilungsleiterinnen. Die Klägerin verklagte ihren Arbeitgeber auf Zahlung der Differenz zwischen ihrer Vergütung und der ihr mitgeteilten höheren Medianentgelte.

Das BAG urteilte, dass es eine widerlegbare Vermutung gäbe, dass die Klägerin eine Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechtes erfahren habe. Die Vermutung gründet auf der Unterschreitung des Medians. Es sei Sache des Arbeitgebers zu widerlegen, dass die Mitarbeiterin tatsächlich benachteiligt worden sei. Dieses Urteil erhöht die Bedeutung des Auskunftsanspruches.



Meike Potthast  
Rechtsanwältin  
meike.potthast@brandi.net



## „RECYCLINGPAPIER IST GRAU UND HÄSSLICH“

Ist Ihnen an dem Papier der aktuellen BRANDI Report Ausgabe etwas aufgefallen?

Nein? Sehr gut – denn das früher gängige Vorurteil gegenüber Recyclingpapier ist längst widerlegt.<sup>1</sup> Heutzutage unterscheidet sich Recyclingpapier kaum noch von Frischfaserpapier.

Fast jeder zweite industriell gefällte Baum weltweit wird zu Papier verarbeitet. Damit ist die Papierindustrie eine Schlüsselindustrie, wenn es um die Zukunft unserer Wälder geht.<sup>2</sup> Wir Deutschen verbrauchen im Jahr, mit knapp 250 Kilogramm pro Kopf, nur unwesentlich weniger als die weltweit führenden Belgier und Österreicher.<sup>3</sup>

Aus diesem Grund ist es umso wichtiger, umweltfreundlichere Alternativen in Betracht zu ziehen. Für die Herstellung von einem Kilogramm Frischfaserpapier werden 50 Liter Wasser, also drei Mal so viel wie für ein Kilogramm Recyclingpapier, benötigt. Auch der Energieverbrauch für Frischfaserpapier ist 2,5 Mal höher als der von recyceltem.<sup>4</sup>

Des Weiteren werden bei dem Kauf von einer Tonne Recyclingpapier 1,6 Tonnen Holz in der Trockenmasse eingespart.<sup>5</sup> Ein weiterer Vorteil ist, dass Altpapier, welches bis zu sieben Mal wiederverwendet werden kann, aus Deutschland kommt, während die Frischfaserpapiere zu einem Großteil aus nordischen Nachbarländern, Portugal oder auch aus Brasilien nach Deutschland importiert werden.<sup>6</sup>

Recyclingpapier hat also nur Vorteile.

Aus diesem Grund haben wir uns dazu entschlossen das bisher verwendete Frischfaserpapier Stück für Stück durch recyceltes Papier zu ersetzen – angefangen mit dem BRANDI Report.

### Quellen:

- 1 [www.regenwald-schuetzen.org](http://www.regenwald-schuetzen.org)
- 2 [www.wwf.de](http://www.wwf.de)
- 3 Umweltbundesamt zit. n. [www.br.de](http://www.br.de)
- 4 [www.regenwald-schuetzen.org](http://www.regenwald-schuetzen.org)
- 5 Krüger, M. (IFEU Heidelberg) zit. n. [www.br.de](http://www.br.de)
- 6 [www.br.de](http://www.br.de)







**Dr. Sandra Vyas**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht  
sandra.vyas@brandi.net

Bisher haben nur wenige Beschäftigte Gehaltsauskunft nach dem Entgelttransparenzgesetz verlangt. Dies könnte sich insbesondere mit dem unter Ziff. 3. beschriebenen Urteil ändern, da bei einer Unterschreitung des Medians jetzt eine Vermutung für eine Benachteiligung besteht und damit die Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen erheblich erleichtert wird.

Dr. Sven Hasenstab und Inka Casper

### Sichere Gestaltung bei der Einwerbung von Mezzanine-Kapital

Nicht erst seit der Corona-Pandemie ziehen sich Banken zunehmend aus der Finanzierung der Realwirtschaft zurück und fordern insbesondere bei Wachtsums- und Projektfinanzierungen einen immer höheren Eigenkapitalnachweis. Kann oder will ein Unternehmen diesen nicht aus Eigenmitteln erbringen, ist die Aufnahme eines eigenkapitalersetzenden Darlehens (Mezzanine oder Nachrangdarlehen) oft das Mittel der Wahl. Die Nachfrage trifft insoweit auf ein immer größeres Angebot am sog. Grauen Kapitalmarkt, da sowohl institutionelle Investoren, wie auch Family-Offices die Ausgabe entsprechender Darlehen anbieten. Nachfolgend soll dargestellt werden, was die Parteien derartiger Vereinbarungen bei der Ausgestaltung vor dem Hintergrund des Kreditwesengesetzes (KWG) beachten müssen, um nicht Gefahr zu laufen, verbotene Einlagengeschäfte zu betreiben.

#### 1. Was ist Mezzanine-Kapital?

Mezzanine-Kapital (aus dem italienischen mezzo = halb) nimmt als Finanzierungsform eine Zwischenstellung zwischen erstrangigem Fremdkapital (Bankdarlehen) und Gesellschaftereinlagen (stimmberechtigtem Eigenkapital) ein.

Aus der Sicht der Gesellschaft ist dieses Kapital Fremdkapital, während es wirtschaftlich und aus der Sicht anderer Kapitalgeber bilanzielles Eigenkapital darstellt. Hintergrund ist, dass Mezzanine-Kapital im Notfall erst nachrangig zu sonstigem Fremdkapital bedient wird und auch nicht besichert ist. Dieses höhere Ausfallrisiko lässt sich der Kapitalgeber mit höheren Zinsen vergüten. Da der Unternehmer durch das Mezzanine-Kapital jedoch Zugang zu klassischen Bankdarlehen für den übrigen Finanzierungsbedarf erhält, kann sich dieser Risikoaufschlag, auf die gesamte Finanzierungssumme gesehen, durchaus wieder relativieren.

Zwar hat ein Mezzanine-Kapitalgeber regelmäßig ähnliche Informations- und Kontrollrechte wie ein Gesellschafter, jedoch keine Stimmrechte oder andere Möglichkeiten, operativen Einfluss auszuüben.

Grundsätzlich partizipiert ein Mezzanine-Kapitalgeber an den Erträgen der Gesellschaft nur in Höhe der Zinsen. Im Bereich der Projektfinanzierung, insbesondere bei der Entwicklung von Immobilien, ist es jedoch nicht ungewöhnlich, dass sich der Mezzanine-Kapitalgeber eine Exit-Beteiligung versprechen lässt, auf die etwaige Zinszahlungen anzurechnen sind.

#### 2. Spannungsfeld

Aus dem Vorgenannten wird auch das Spannungsfeld deutlich, das sich bei einer Mezzanine-Finanzierung auftut. Der Kapitalgeber wird grundsätzlich bestrebt sein, das eigene Risiko kalkulierbar zu halten und sich insbesondere vor einem Totalverlust seines Kapitals zu schützen. Das einwerbende Unternehmen wird ebenfalls versuchen, das Risiko möglichst kalkulierbar darzustellen, um zum einen Kapitalgeber zu finden und zum anderen möglichst günstige Konditionen zu erhalten. Wie nachfolgend dargestellt wird, birgt dieses Spannungsfeld rechtliche Risiken, da jede Gewährung von Sicherheiten die Gefahr birgt, dass aus einer zulässigen Mezzanine-Finanzierung ein verbotenes Einlagengeschäft wird.

#### 3. Unerlaubtes Einlagengeschäft?

Die Gewährung von Darlehen ist vereinfacht gesagt immer dann unzulässig, wenn darin ein Einlagengeschäft zu sehen ist. Die Vornahme von Einlagengeschäften ist den Banken vorbehalten und bedarf einer entsprechenden Erlaubnis (Banklizenz), an deren Erteilung sehr hohe Anforderungen zu stellen sind. Immer dann, wenn von einer Mehrzahl von Kapitalgebern, z. B. Kapitalanlegern, kleinere Beträge angenommen werden, kann zudem eine Prospektspflicht entstehen.

Einlagengeschäft ist die Annahme fremder Gelder als Einlage oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder „des Publikums“, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden. Gelder stammen nur dann nicht vom Publikum, wenn sie von einem verbundenen Unternehmen oder von persönlich haftenden Gesellschaftern, die tatsächlich bei der Führung des Unternehmens mitwirken, ausgegeben werden. Alle übrigen Darlehensgeber, mithin auch Mezzanine-Kapitalgeber, sind „Publikum“.

Wer Einlagengeschäfte ohne Erlaubnis betreibt, macht sich u. a. schadensersatzpflichtig gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 32 Abs. 1, 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2 KWG. Weiterungen folgen in aufsichtsrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht. Auch bei fahrlässiger Begehung ist das Betreiben des Geschäfts ohne Erlaubnis eine Straftat, die gem. § 54 KWG mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft wird. Die BaFin hat das Recht, gem. § 37 KWG die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die unverzügliche Abwicklung des Geschäfts zu verlangen. Gem. § 37 Abs. 1 S. 2 KWG kann sie dazu auch einen Abwickler bestellen, für dessen Vergütung gem. § 37 Abs. 3 S. 2 KWG der unlauter Handelnde aufzukommen hat. Dem Abwickler steht auch das Recht zu, Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmens zu stellen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, vgl. § 37 Abs. 2 KWG.

#### 4. Zulässig mit qualifizierter Nachrangabrede

Entscheidend für die Beurteilung der Zulässigkeit von Mezzanine-Finanzierungen ist somit, ob die Gelder bei Fälligkeit unbedingt rückzahlbar sind. Die unbedingte Rückzahlbarkeit ist nicht gegeben, wenn zwischen dem Kapitalgeber und dem Kapitalnehmer eine so genannte qualifizierte Nachrangabrede (vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre) des Inhalts getroffen wird, dass die Forderung des Kapitalgebers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen und in der Insolvenz nur im Rang nach den Forderungen sämtlicher normaler Insolvenzgläubiger befriedigt werden darf (BGH, Urteil vom 12.12.2019 – IX ZR 77/19 = NJW-RR 2020, 292). Konkret darf auf das Darlehen also nur gezahlt werden, wenn dadurch kein Insolvenzgrund eintritt oder andere Gläubiger im Falle der Insolvenz benachteiligt werden.

Mit der rechtssicheren Gestaltung dieser qualifizierten Nachrangabrede steht und fällt mithin die Zulässigkeit und die Wirksamkeit der Mezzanine-Finanzierung. Auf diese Klausel ist daher besonderes Augenmerk zu legen.

#### 5. Bedeutung für die Praxis

Den Beteiligten muss stets bewusst sein, dass die Privilegierungen für das qualifizierte Nachrangdarlehen als Ausnahmetatbestand zur generellen Erlaubnispflicht von Einlagengeschäften nur



greifen, wenn das Darlehen eigenkapitalersetzend, also nachrangig mit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, gewährt wird. Wer hier vermeintlich kreative Gestaltungen verwendet, um den Darlehensgeber nicht vollkommen schutzlos stehen zu lassen, muss sich bewusst sein, dass nicht nur der Verlust aller begehrten Vorteile, sondern auch andere, weitreichende Konsequenzen drohen. Gleiches gilt für veraltete oder nicht treffsicher formulierte Musterklauseln.



**Inka Casper**  
Rechtsanwältin  
inka.casper@brandi.net



**Dr. Sven Hasenstab**  
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Hannover  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
sven.hasenstab@brandi.net

Dr. Carsten Christophery, LL.M.

### Das Management bleibt! – Die Minderheitsbeteiligung nach einem Unternehmenskauf

Bei Unternehmenskäufen besteht regelmäßig ein Interesse des Erwerbers, dass das bisherige Management des erworbenen Unternehmens jedenfalls noch eine gewisse Zeit lang tätig bleibt, um von dessen wertvollen Erfahrungsschatz im Unternehmen und der Branchen zu profitieren. Dadurch möchte der Erwerber erreichen, dass der Betrieb auch nach der Übernahme reibungslos fortgeführt und in bestehende Strukturen integriert wird, um so den bestmöglichen Erfolg der Transaktion herbeizuführen. Dieser wortwörtliche „Schatz“ an Erfahrung und Kenntnis des bisherigen Unternehmenslenkers, der nicht selten zugleich auch Gründer oder aber Gesellschafter des erworbenen Unternehmens war, ist umso wertvoller, wenn der Erwerber geringe oder gar keine Branchenkenntnisse aufweist oder ein Start-Up mit einer

jungen und vielversprechenden Technologie erworben hat, die die Gründer am besten kennen.

Auf der anderen Seite haben die im Unternehmen verbleibenden Manager ein erhebliches Interesse daran, zusammen mit dem neuen Eigentümer von dem künftigen Erfolg des Unternehmens überproportional zu profitieren. Dieses Ziel geht mit jenem des Unternehmenserwerbers einher. Er wird demnach regelmäßig nichts gegen einen zusätzlichen Anreiz für das Management einzuwenden haben, an der Wertsteigerung des Unternehmens zu partizipieren.

Waren die Geschäftsführer bereits – mittelbar oder unmittelbar – an dem verkauften Unternehmen beteiligt, liegt es nahe, dass diese auch nach dem Unternehmenskauf noch mit einer Minderheitsbeteiligung an der Gesellschaft beteiligt bleiben. Andernfalls kann dem Management auch im Zusammenhang mit dem Erwerb des Unternehmens eine Minderheitsbeteiligung – entweder mittelbar über eine Beteiligungsgesellschaft oder unmittelbar – eingeräumt werden. Als Gesellschafter können sie sowohl an den zu erwartenden Gewinnen als auch an der Wertsteigerung des Unternehmens teilhaben.

Zivilrechtlich erfolgt die Einräumung von Geschäftsanteilen an noch nicht beteiligte Manager entweder durch Verkauf und Abtretung oder durch eine Kapitalerhöhung bei der erworbenen Gesellschaft. Wurde die Beteiligung einmal eingeräumt, besteht sowohl auf Seiten des Unternehmenserwerbers als auch bei dem Management ein Interesse daran, dass die Verhältnisse untereinander und zur Gesellschaft geregelt sind – dies erfolgt mittels einer Gesellschaftervereinbarung. Kernpunkte dieser Vereinbarung sind Regelungen darüber, wann und unter welchen Bedingungen die beteiligten Manager ihre (mittelbar) gehaltenen Anteile wieder veräußern können oder müssen. Überdies wollen sie ihre erworbene Rechtsposition abgesichert wissen, so dass diese nicht durch einseitige Maßnahmen des Unternehmenskäufers, der einen Mehrheitsanteil hält, unterlaufen werden kann. Üblicherweise werden dazu Mitverkaufsrechte (tag-along rights) und Mitverkaufspflichten (drag-along rights) sowie Veräußerungsverbote (Lock-Up) geregelt. Überdies können Regelungen zum Verwässerungsschutz (anti-dilution) der Manager vereinbart werden.

Flankiert werden diese Regelungen von Optionen, bei deren Eintritt die Manager berechtigt oder auch verpflichtet sind, ihre Beteiligung – häufig an den Unternehmenserwerber – nach einer zuvor festgelegten Formel zur Berechnung des Kaufpreises nach einem gewissen Zeitablauf zu veräußern. Diese sog. Leaver-Fälle werden regelmäßig in sog. Bad-Leaver, also Umstände, die in den Einflussbereich des Managers fallen und Good-Leaver, mithin Umstände, die in den Bereich des Unternehmens fallen, unterteilt. Darüber hinaus sind auch weitere Differenzierungen möglich. Je nach Ausgestaltung der Option – also des Leaver-Falls – kann der Manager zu zuvor vereinbarter Methode der Kaufpreisberechnung seine Anteile verkaufen und profitiert dadurch an der Wertsteigerung des Unternehmens. Der ursprüngliche Erwerber des Unternehmens hat mit solchen Regelungen zum einen die Gewissheit, dass das ursprüngliche Management für den vereinbarten Zeitraum „an Bord“ bleibt und zum anderen hat er Klarheit darüber, unter welchen Umständen und zu welchem Preis er Alleingesellschafter des erworbenen Unternehmens werden kann.

Steuerlich ist aus Sicht des Managers bei der Ausgestaltung der Gesellschaftervereinbarung insbesondere darauf zu achten, dass die Erlöse aus der Beteiligung und aus deren Verkauf nicht als solche aus nichtselbstständiger Tätigkeit zugeordnet werden. Denn dann wäre dem Manager die Geltendmachung des Abgeltungssteuersatzes oder das Teileinkünfteverfahren, bzw. die Inanspruchnahme des § 8b KStG verwehrt und er müsste die Einnahmen mit seinem persönlichen Steuersatz versteuern. Das würde den Wert der Minderheitsbeteiligung nicht unerheblich beeinträchtigen. Auch aus Sicht des Mehrheitsgesellschafters und Unternehmenskäufers wäre der eingangs erwähnte Zweck, von dem bestehenden Management zu profitieren, gefährdet.

Die Rechtsprechung hat für die steuerliche Behandlung der Einkünfte als solche aus Kapitalvermögen, neben anderen, insbesondere drei Kriterien aufgestellt:

1. Der Erwerb der Beteiligung muss zu marktüblichen Bedingungen erfolgt sein, darf also nicht allein auf dem Anstellungsverhältnis des Managers beruhen. Auch die Veräußerung muss zu marktüblichen Bedingungen erfolgen.
2. Der Manager muss über die von ihm gehaltene Beteiligung ein Verlustrisiko tragen. Er muss mit anderen Worten auch an einer etwaigen Minderung des Unternehmenswertes teilhaben. Dem würden etwa Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung entgegenlaufen, die einen Mindestpreis für die Minderheitsbeteiligung vorsehen unabhängig von einer etwaigen Verschlechterung des Unternehmenswertes.
3. Der Manager muss zumindest wirtschaftlicher Eigentümer i.S.d. § 39 AO der Geschäftsanteile sein.

Im Ergebnis bietet eine ausgewogene Gesellschaftervereinbarung großes Potential für die viel beschworene win-win-Situation zwischen Unternehmensverkäufern und dem Erwerber, um den künftigen Unternehmenserfolg zu maximieren. Diese unterschiedlichen Sichtweisen und Ziele herauszuarbeiten und in einer Vereinbarung zu verankern ist Aufgabe des versierten Beraters. Dabei hat er freilich auch alternative Beteiligungsmodelle, etwa über virtuelle Anteile (virtual shares), in den Blick zu nehmen und die jeweiligen Vor- und Nachteile im konkreten Einzelfall abzuwägen.



**Dr. Carsten Christophery, LL.M.**  
Rechtsanwalt und Steuerberater  
carsten.christophery@brandi.net

Dr. Helmut Dröge

### Die Güterstandsschaukel – Ein Modell zur legalen Steuerersparnis

#### Der gesetzliche Güterstand:

Für Eheleute oder eingetragene Partner, die keine abweichende Vereinbarung treffen, gilt von Gesetzes wegen der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Zugewinnngemeinschaft bedeutet, dass jeder Ehepartner sein eigenes Vermögen behält, ohne dass der andere während der Dauer der Ehe darauf Zugriff hat und dass er darüber allein verfügen kann, es sei denn, er verfügt über den wesentlichen Teil seines Vermögens. In diesem Falle bedarf er der Zustimmung des anderen Ehegatten.

Wird die Ehe durch den Tod eines der Partner beendet, erfolgt der Ausgleich des Zugewinns dadurch, dass der gesetzliche Erbteil des überlebenden Partners sich um  $\frac{1}{4}$  erhöht. Wird er weder Erbe noch Vermächtnisnehmer, hat er stattdessen einen Anspruch auf Zugewinnausgleich in Geld.

Wird die Ehe durch Scheidung beendet, erfolgt der Ausgleich des Zugewinns stets in Geld.

Zugewinn ist die Differenz zwischen dem Anfangsvermögen am Tage der Eheschließung und dem Endvermögen am Tage der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft. Der Anspruch auf Zugewinnausgleich besteht aus der Hälfte der Zugewinndifferenz.

Beispiel:

Vermögenszuwachs V: 1.000

Vermögenszuwachs M: 500

Ausgleichsanspruch M: 250

Haben die Ehegatten kein Verzeichnis ihres Anfangsvermögens erstellt, wird gesetzlich vermutet, dass das Anfangsvermögen null war und das Endvermögen somit dem Zugewinn entspricht.

#### Vertragliches Güterrecht:

Die Ehegatten können ihren Güterstand durch notariell beurkundeten Ehevertrag jederzeit abweichend vom gesetzlichen Güterstand regeln. Insbesondere können sie Gütertrennung vereinbaren oder den gesetzlichen Güterstand modifizieren.

Die Gütertrennung bedeutet, dass das beiderseitige Vermögen nicht nur während der Ehe getrennt bleibt, sondern auch bei ihrer Beendigung. Die Gütertrennung wird häufig immer noch als Erstgüterstand bei Unternehmerkindern vereinbart.

Modifizierungen des gesetzlichen Güterstandes sind in unterschiedlicher Weise möglich, z. B. dadurch, dass für den Fall der Scheidung der Zugewinnausgleich ausgeschlossen und stattdessen auf den Fall der Beendigung der Ehe durch Tod eines der Partner beschränkt wird. Häufig findet sich auch die Vereinbarung, dass anstelle einer konkreten Berechnung des Zugewinns der vermögensstärkere Partner an den vermögensschwächeren einen festen Betrag zahlt oder ihm eine anderweitige Zuwendung, z. B. ein Grundstück, vermacht.



Das Gesetz bietet im Übrigen den Ehegatten einen weiten Spielraum für Modifizierungen aller Art.

#### Die Güterstandsschaukel:

Der Ausgleich des Zugewinns ist keine unentgeltliche Zuwendung, sondern eine entgeltliche, die ihren Rechtsgrund in den zivilrechtlichen Verpflichtungen oder deren vertraglichen Modifizierungen findet. Das ist auch vom Steuerrecht anerkannt und in § 5 des Erbschaftsteuergesetzes ausdrücklich geregelt. Danach gilt:

Sowohl der fiktive Zugewinnausgleich durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils als auch der tatsächliche Zugewinnausgleich durch Geld bleiben steuerfrei. Dieser Zugewinnausgleich lässt auch die steuerlichen Freibeträge (allgemeiner Freibetrag 500.000,00 € + Versorgungsfreibetrag 256.000,00 €) unberührt.

Beim fiktiven Ausgleich des Zugewinns durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils sind von der zivilrechtlichen Regelung abweichende Vereinbarungen nicht möglich. Anders dagegen beim tatsächlichen Zugewinnausgleich in Geld. Hier sind abweichende Regelungen auch vom Steuerrecht anzuerkennen.

Das nun eröffnet die Möglichkeit, im Wege von Güterrechtsvereinbarungen aus unentgeltlichen Zuwendungen entgeltliche zu machen, die schenkungsteuerfrei sind. Diese so genannte „Güterstandsschaukel“ soll an einem Beispiel erläutert werden:

Das Unternehmer-Ehepaar V und M hat am 15.01.01 geheiratet und einen Ehevertrag geschlossen, mit dem entweder Gütertrennung vereinbart worden ist oder der Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Falle der Beendigung der Ehe unter Lebenden.

Am 15.01.10 schließen V und M einen neuen Ehevertrag. Sie heben den Vertrag vom 15.01.01 auf und vereinbaren stattdessen, dass für ihre Ehe von Anfang an, also rückwirkend auf den 15.01.01 die Zugewinngemeinschaft gelten soll. Es steht ihnen dabei frei, zu vereinbaren, dass der Zugewinnausgleich nach den gesetzlichen Regelungen erfolgen soll, oder dadurch, dass V an M einen festen Betrag zum Ausgleich des Zugewinns zahlt, wenn die Ehe auf andere Weise als durch den Tod endet.

Die zuletzt genannte Regelung entspricht unserer Empfehlung. Die Zahlung darf jedoch nicht über den tatsächlichen Zugewinn hinausgehen.

Am 15.06.10 heben V und M auch den Ehevertrag vom 15.01.10 wieder auf und vereinbaren stattdessen erneut Gütertrennung. Gleichzeitig vereinbaren sie, dass der Zugewinn in der am 15.01.10 vereinbarten Weise ausgeglichen wird und zwar durch effektive Zahlung. Diese Zahlung bleibt schenkungsteuerfrei.

Am 15.01.11 heben V und M auch den Ehevertrag vom 15.06.10 wieder auf und vereinbaren erneut, dass für ihre Ehe von Anfang an der Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelten soll. Die neue Vereinbarung kann der vom 15.01.10 entsprechen.

Seit einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahre 2006 und infolge davon einer Entscheidung insbesondere des Finanzgerichts Köln aus dem Jahre 2018 ist diese „Schaukelei“ steuerlich auch von der Finanzverwaltung anerkannt, wobei allerdings bei der tatsächlichen Durchführung sorgfältig auf die Details der Vereinbarungen geachtet werden muss.

#### Nachträgliche steuerliche Heilung von Schenkungen:

Das Zivilrecht kennt unverändert den Begriff der so genannten ehebedingten Zuwendung, die nicht als Schenkung qualifiziert wird. Dem hatte sich die Finanzrechtsprechung ursprünglich angeschlossen und ehebedingte Zuwendungen von der Schenkungssteuerpflicht freigestellt. 1994 hat sie diese Rechtsprechung aber aufgegeben. Seither gelten alle Zuwendungen unter Ehegatten als unentgeltlich und damit dem Schenkungssteuerrecht unterliegend.

In der Annahme, dass Zuwendungen, die ihr Motiv in der Ehe haben, steuerfrei seien, erfolgen oft unerkannte Schenkungen. Besonders häufig ist das der Fall beim gemeinschaftlichen Grundstückserwerb, der nur von einem der Ehegatten bezahlt wird. Auch hier handelt es sich bei dem hälftigen Grundstückswert um eine Schenkung, die den Finanzbehörden angezeigt werden muss. Unterbleibt die Anzeige, kann darin eine Steuerhinterziehung liegen.

In einem solchen Falle eröffnet der Güterstandswechsel einen Ausweg zur – auch strafrechtlich relevanten – nachträglichen Heilung der Schenkung. Gilt für die Ehe bereits der Güterstand der Zugewinngemeinschaft, erfolgt die Aufhebung des Güterstandes durch Ehevertrag bei gleichzeitiger Vereinbarung, dass Vorschenkungen auf den Ausgleichsanspruch anzurechnen sind.

Gilt dagegen Gütertrennung, muss zuvor die Zugewinngemeinschaft vereinbart und in einem – tunlichst etwas späterem – Vertrag die Zugewinngemeinschaft unter Anrechnung der vorausgegangenen Schenkung auf den Ausgleichsanspruch wieder aufgehoben werden.

Nach § 29 ErbStG erlischt damit rückwirkend die Schenkungssteuer und damit auch die Strafbarkeit, da keine Steuer hinterzogen werden kann, von der nachträglich feststeht, dass sie gar nicht angefallen ist.

Kleiner Wehrmutstropfen: Hinterziehungszinsen müssen trotzdem gezahlt werden.



Dr. Helmut Dröge  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht  
helmut.droege@brandi.net

## FRAGEN AN BJÖRN MAI

### WARUM BRANDI?

Ich habe bereits meine Anwaltsstation im Referendariat bei BRANDI im Detmolder Büro absolviert. Dabei konnte ich feststellen, dass der Umgang freundschaftlich kollegial und locker, die Arbeitsweise und Bearbeitung der Mandate gleichzeitig hochprofessionell ist. Das hat mich beeindruckt. Die Mandate sind abwechslungsreich und spannend. Besonders interessant finde ich, dass BRANDI für viele Unternehmen die Funktion vergleichbar einer externen Rechtsabteilung übernommen hat, sodass eine Mandatsbearbeitung stets nah am Mandanten erfolgt.

### WAS TREIBT MICH AN?

Ich freue mich, wenn ich durch eine rechtliche Beratung dazu beitragen kann, unseren Mandanten zu helfen oder sie frühzeitig vor rechtlichen Fehlern und deren Folgen bewahren zu können. Der Anwaltsberuf eröffnet hierbei eine spannende Vielfalt verschiedenster und abwechslungsreicher Fragestellungen.

### AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH...?

Meine Familie, Freunde, Sport, Musik (ich spiele Trompete im Städtischen Blasorchester Schloß Holte-Stukenbrock), eine Vespa, eine große Freude an Ausflügen (gerne auf die Insel Langeoog) und jedes Jahr den Vorsatz, wieder häufiger gemeinsam mit meiner Schwester Windsurfen zu gehen.

### HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Geboren, aufgewachsen und zur Schule gegangen bin ich in Bielefeld. Dort habe ich auch studiert. Schnell fällt die Wahl eines Highlights aus der Heimat dann auf den Teutoburger Wald „direkt vor der Tür“, der sicherlich Highlight der gesamten Region ist. Unzählige Spaziergänge (als Kind mal mehr, mal weniger freiwillig), Laufgruppen und Wanderungen mit Freunden auf dem Hermannsweg habe ich dort bereits absolviert. Und so banal es vielleicht klingen mag, weiteres Highlight aus meiner Heimat ist Tiefkühlpizza.



Björn Mai  
Rechtsanwalt  
bjoern.mai@brandi.net



Matthias Menebröcker

### Besteht bei dem fakultativen Aufsichtsrat oder Beirat einer GmbH die Pflicht, die Mitglieder des Aufsichtsrates zu veröffentlichen?

Im Gegensatz zum Aktienrecht, das für die AG die Errichtung eines Aufsichtsrates zwingend vorsieht, ist für die GmbH die Bildung eines Aufsichtsrates nach dem GmbHG nicht zwingend vorgeschrieben. Soweit sich aus anderen Gesetzen, wie z. B. dem Mitbestimmungsgesetz oder dem Drittelbeteiligungsgesetz, keine Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrates ergibt, steht es den Gesellschaftern frei, einen Aufsichtsrat zu errichten. Erfolgt die Errichtung eines Aufsichtsrates durch den Gesellschaftsvertrag, spricht man von einem fakultativen (= freiwilligen) Aufsichtsrat.

Das GmbHG enthält grds. keine eigenen Bestimmungen über den fakultativen Aufsichtsrat; es bleibt der Satzungsautonomie der Gesellschafter überlassen, die Kompetenzen und Pflichten des Aufsichtsrates und dessen Mitglieder zu regeln. § 52 Abs. 1 GmbHG enthält für den fakultativen Aufsichtsrat lediglich eine Auffangregelung, nach der bestimmte Vorschriften des AktG über den Aufsichtsrat entsprechend anzuwenden sind, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat bestellt ist und soweit nicht im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt ist. Somit bestimmt sich das Recht des fakultativen Aufsichtsrates vorrangig nach dem Gesellschaftsvertrag und nur hilfsweise nach dem Gesetz. Nach allgemeiner Ansicht ist es sogar zulässig, die Vorschriften des AktG insgesamt für nicht anwendbar zu erklären. Die Ausfüllung von Regelungslücken im Gesellschaftsvertrag bestimmt sich dann nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung von Gesellschaftsverträgen. Soweit aktienrechtliche Vorschriften überhaupt zur Anwendung kommen, ist zu berücksichtigen, dass die Anwendung der durch § 52 Abs. 1 GmbHG in Bezug genommenen Normen des AktG lediglich „entsprechend“ zu erfolgen hat. Das bedeutet, die aktienrechtlichen Bestimmungen werden in ihrer Anwendung durch den Grundcharakter der GmbH stark beeinflusst.

Die im Titel angesprochene Pflicht, die Mitglieder des Aufsichtsrates zu veröffentlichen, ergibt sich ebenfalls aus einer Verweisung auf das AktG: Werden die Mitglieder des Aufsichtsrats vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bestellt, gilt § 37 Abs. 4 Nr. 3 und 3a AktG nach § 52 Abs. 3 S. 1 GmbHG entsprechend. Nach § 52 Abs. 3 S. 2 GmbHG haben die Geschäftsführer bei jeder Änderung in den Personen der Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats, aus welcher Name, Vorname, ausgeübter Beruf und Wohnort der Mitglieder ersichtlich ist, zum Handelsregister einzureichen; das Gericht hat einen Hinweis darauf bekannt zu machen, dass die Liste zum Handelsregister eingereicht worden ist (§ 10 HGB). Die Vorschrift unterscheidet nicht zwischen einem fakultativen (wie in § 52 Abs. 1 GmbHG) und einem obligatorischen Aufsichtsrat (wie in § 52 Abs. 2 GmbHG), weshalb sich die Frage stellt, ob § 52 Abs. 3 GmbHG auch auf den fakultativen Aufsichtsrat anzuwenden ist und inwieweit dieser abbedungen werden kann.

In der Literatur wird hierzu nahezu einvernehmlich die Auffassung vertreten, dass die Publizitätspflicht des § 52 Abs. 3 GmbHG auch für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH zwingend gilt. Daraus würde sich für jede GmbH mit einem Aufsichtsrat die Pflicht zur Einreichung einer Aufsichtsratsliste ergeben, die dann

auch nicht zur Disposition des Gesellschaftsvertrages steht. Im Gegensatz dazu wird in der Praxis bei einem fakultativen Aufsichtsrat regelmäßig keine Liste der Aufsichtsratsmitglieder zum Handelsregister eingereicht. Auch von den Registergerichten wurde, soweit ersichtlich, bislang keine solche Liste angefordert.

Die Literatur begründet den zwingenden Charakter des § 52 Abs. 3 GmbHG mit einem berechtigten Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs. Die Vorschrift diene insoweit maßgeblich dem Schutz der Gläubigerinteressen. Diese Schutzrichtung wird insb. aus der Entstehungsgeschichte des § 52 Abs. 3 GmbHG abgeleitet. Die Publizitätspflicht der Aufsichtsratsmitglieder nach § 52 Abs. 3 GmbHG wurde im Zuge des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) eingeführt. Die Vorschrift setzt die europäische Publizitätsrichtlinie um. Diese Richtlinie soll in erster Linie den Schutz der Gläubigerinteressen verfolgen.

Da die Gläubiger typischer Weise ein berechtigtes Interesse an den Personen des Aufsichtsrates hätten, sei § 52 Abs. 3 GmbHG auch auf fakultative Aufsichtsräte anwendbar, wenn und soweit ein Gesellschaftsorgan mit typisierten Funktionen eines Aufsichtsrates eingerichtet sei. Dies gelte unabhängig von der für das Gremium gewählten Bezeichnung (Aufsichtsrat, Beirat, Verwaltungsrat etc.), solange das Gremium seinem Aufgabenbereich nach noch als Aufsichtsrat zu qualifizieren sei. Obliegen einem Gremium der GmbH aufsichtsrechtsähnliche Kontrollaufgaben, so gelte § 52 Abs. 3 GmbHG zwingend. Nur soweit neben einem funktionalen (kontrollbefugten) Aufsichtsrat, noch ein (beratender) Beirat oder Verwaltungsrat bestehe, gelte § 52 Abs. 3 GmbHG nur für den Aufsichtsrat und nicht für den Beirat oder Verwaltungsrat.

Die Literaturmeinung kommt zu dem Ergebnis, dass bereits bei der Anmeldung der Gesellschaft die Urkunden über die Bestellung des Aufsichtsrats sowie eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats, aus welcher Name, Vorname, ausgeübter Beruf und Wohnort der Mitglieder ersichtlich ist, beizufügen sei. Zudem hätten die Geschäftsführer bei jeder Änderung in den Personen der Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich eine aktualisierte Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats einzureichen. Dies betreffe auch den Fall, dass ein fakultativer Aufsichtsrat erst nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erstmalig bestellt würde. Damit bestünde für jede GmbH, die einen fakultativen Aufsichtsrat mit Kontrollbefugnissen hat, die Verpflichtung, eine aktuelle Liste der Aufsichtsratsmitglieder zum Handelsregister einzureichen.

Wäre diese Auffassung richtig, könnten die Registergerichte bei Eintragung der Gesellschaft die Liste der Mitglieder eines bereits bestehenden Aufsichtsrates verlangen und schlimmstenfalls die Eintragung verweigern. Wird der Aufsichtsrat erst nach der Eintragung in das Handelsregister bestellt, könnte die Einreichung zum Handelsregister durch Zwangsgeldandrohung durchgesetzt werden (§ 14 HGB). Für die Aufsichtsratsmitglieder hätte die Publizitätspflicht zur Folge, dass zwar nicht die gesamte Liste der Aufsichtsratsmitglieder im Handelsregister, wohl aber ein Hinweis auf die Einreichung elektronisch bekannt wird (§ 10 HGB). Die Bekanntmachung der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt dagegen im elektronischen Bundesanzeiger (§ 12 HGB). Eine aktuelle Liste der Aufsichtsratsmitglieder ist damit jederzeit

online einsehbar (§ 9 HGB). Aus einer unterlassenen Eintragung ergeben sich grds. keine nachteiligen Rechtsfolgen, insb. hängt die Wirksamkeit der Bestellung des Aufsichtsrates nicht von der Bekanntmachung ab.

Wir teilen die Auffassung der Literaturmeinung nicht. § 52 Abs. 3 GmbHG begründet keine allgemeine Publizitätspflicht für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH. Trotz ähnlicher Aufgaben und Kompetenzen unterscheidet sich der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH in seiner rechtlichen Stellung und Funktion erheblich von dem Aufsichtsrat einer AG. Es steht den Gesellschaftern frei, die Kompetenzen des Aufsichtsrates sowie auch seine Zusammensetzung und innere Ordnung abweichend vom aktienrechtlichen Vorbild zu gestalten. Ein freiwilliger Aufsichtsrat kann daher keinen Vertrauenstatbestand für den Rechtsverkehr begründen. Nach unserem Dafürhalten muss § 52 Abs. 3 GmbHG daher dispositiv sein.

Auch die Mehrheit der Registergerichte scheint bislang davon auszugehen, dass bei dem fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH keine Pflicht besteht, die Mitglieder des Aufsichtsrates zu veröffentlichen. Zumindest sind hier keine Fälle bekannt, in denen ein Registergericht auf einer solchen Liste bestanden hätte. Angesichts der im Schrifttum ganz überwiegend vertretenen Gegenmeinung müssen sich Geschäftsführer und Aufsichtsräte zumindest bewusst darüber sein, dass es die dargestellte Literaturmeinung gibt. Wie mit diesem Wissen umgegangen wird, hängt dann vom Einzelfall ab.

Holger Wagener

### Die Societas Europae & Co. KGaA als besonders geeignete Rechtsform kapitalmarktfinanzierter Familienunternehmen?

Familienunternehmen, die unter dem äußeren wie inneren Zwang stehen, wachsen zu müssen, stehen vor der Frage, wie sie ihren Kapitalbedarf befriedigen können ohne den dominierenden Einfluss der Unternehmerfamilie zu verlieren. Fremd- und Eigenkapitalgeber verlangen für die Bereitstellung finanzieller Mittel als Gegenleistung immer die Einräumung von Kontroll- bzw. Einflussmöglichkeiten. Strebt ein Familienunternehmen als Aktiengesellschaft oder Societas Europae an die Börsen, wird die Unternehmerfamilie dauerhaft eine kontrollierende Anteilshöhe wahren wollen. Die Kapitalzufuhr über die Ausgabe neuer Aktien wird damit durch die finanzielle Leistungskraft der Unternehmerfamilie begrenzt. In einer KGaA kann dagegen der Einfluss der Unternehmerfamilie nach einem Börsengang über die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters dauerhaft gewahrt werden. Deshalb soll im Folgenden die spannende Frage erörtert werden, ob eine SE & Co. KGaA eine besonders geeignete Rechtsform für börsenorientierte Familienunternehmen darstellen kann.

#### 1. Anforderungen von Familienunternehmen

Die dominierende Inhaberschaft durch einen eng begrenzten Personenkreis unterscheidet Familienunternehmen von Publikumsgesellschaften mit ihrer breiten und heterogenen Eigentümerstruktur. Zwar streben auch Private Equity Investoren eine dominierende Stellung an, doch primär aus dem Motiv heraus, die schnelle Steigerung des Unternehmenswertes mit dem kurz- bis mittelfristigen Ziel des gewinnbringenden Unternehmensverkaufs zu realisieren. Die dominante Inhaberschaft von

Familienunternehmern hat dagegen eine zeitliche Relation: Diese sollen generationsübergreifend, wenigstens bis in die folgende Generation aufrechterhalten werden, damit fehlt typischerweise der Ausstiegshorizont. Im Gegensatz zu bspw. Staatsunternehmen müssen Familienunternehmen für eine Finanzierung auch dieses Zeithorizonts aus eigenen Mitteln sorgen, wenn sie den mit der dominanten Inhaberschaft verbundenen Einfluss nicht zu Gunsten familienfremder Eigen- oder Fremdkapitalgeber beschränken lassen wollen.

Eine Rechtsform für börsennotierte Familienunternehmen muss mithin gewährleisten, dass die Familie ihren dominierenden Einfluss gegenüber den übrigen Gesellschaftern (aber auch anderen Stakeholdern) dauerhaft wahren kann, obwohl er auf deren finanzielle Ausstattung angewiesen ist.

#### 2. Basis: Vorzüge der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA

Die KGaA ist neben der AG und der SE die einzige deutsche Rechtsform, die Familienunternehmern den Gang an die Börsen ermöglicht. Die KGaA bietet dabei gegenüber der AG den deutlichen Vorteil der stärkeren und unabhängigeren Position der Geschäftsführung gegenüber den Anteilseignern. Der Geschäftsführungskompetenz der persönlich haftenden Gesellschafterin sind keine zeitlichen Grenzen gesetzt und kann nur durch gerichtliches Verfahren entzogen werden. Der Aufsichtsrat der KGaA hat keine Personalkompetenz und es existiert auch kein Zustimmungsvorbehalt wie in § 111 IV 2 AktG. Überschreitet das Unternehmen die kritischen Größen nach dem Drittelbeteiligungs- und dem Mitbestimmungsgesetz, bleiben die Familienunternehmer in der Führung der Geschäfte der Gesellschaft mithin weitestgehend unabhängig von einem mitbestimmten Aufsichtsrat. Im Ergebnis ist der unternehmerische Einfluss der Geschäftsführung damit wesentlich stärker ausgeprägt als beim Vorstand der AG.

Aufgrund der hybriden Konstruktion vereinigt die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA die Vorteile einer personengesellschaftsrechtlich ausgestalteten Geschäftsführung mit der aktienrechtlichen Börsenfähigkeit. Durch die Einschaltung einer Kapitalgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafterin wird zudem der wesentliche Nachteil einer typischen KGaA, die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person für sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens ausgeschaltet.

#### 3. Optimierung: SE als persönlich haftende Gesellschafterin

Für die Etablierung einer SE als persönlich haftender Gesellschafterin gibt es hörenswerte Argumente: Sie ist prestigeträchtiger als eine schnöde GmbH. Die Ähnlichkeit der Firma zu einer negative Assoziationen weckenden GmbH & Co. KG fällt weg. Das Management einer SE wird als Vorstand bzw. Verwaltungsrat bezeichnet – prestigeträchtiger als Geschäftsführung ist das allemal.

Gegenüber einer AG hat die SE den Vorteil höherer Flexibilität. Zwar unterliegt auch die SE gemäß Art. 9 I b SE-VO sowie Art. 9 I c ii SE-VO iVm § 23 V AktG dem Grundsatz der Satzungsstrenge. Dank des (dann zu wählenden) monistischen Systems bietet sie jedoch die Möglichkeit, einzelne Familienstämme über den Verwaltungsrat flexibler und besser an der Leitung des Gesamtunternehmens zu beteiligen als in einer dualistischen AG. Die Unternehmerfamilie kann über die Besetzung des Verwaltungsrats Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen, ohne selbst aktiv



die Geschäftsleitung zu übernehmen. Die SE bietet daneben den weiteren Vorteil, einen gegenwärtigen Status der Mitbestimmung dauerhaft zu bewahren. Einziger Kritikpunkt an der Rechtsform der SE bleibt die in Teilbereichen bestehende Rechtsunsicherheit. Zwar wird über Art. 9 I c ii SE-VO ein großer Teil der aktienrechtlichen Vorschriften auch für die SE zur Anwendung gebracht, jedoch gibt es insbesondere im Bereich der monistischen SE viele ungelöste Rechtsfragen.

#### 4. Besondere Eignung der SE & Co. KGaA für börsennotierte Familienunternehmen?

Nach dem oben Dargestellten vereint also eine SE & Co. KGaA die Vorteile der Kommanditgesellschaft, der börsenfähigen AG und der SE. Über die Komplementär-SE kann die Unternehmerfamilie dauerhaft, d. h. ohne feindliche Übernahmen befürchten oder an Kapitalerhöhungen der KGaA teilnehmen zu müssen, ihren herrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung wahren. Wird eine monistische SE Komplementärin, kann die Unternehmerfamilie anders als in einer Komplementär AG über den Verwaltungsrat die Geschäfte des Unternehmens weiterhin letztverantwortlich leiten, ohne die alltägliche Geschäftsführungstätigkeit übernehmen zu müssen. Insbesondere wenn die Geschäftsführung familienfremden Managern überlassen wird, können die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten des Verwaltungsrats auf die geschäftsführenden Direktoren von großer Bedeutung für die Unternehmerfamilie sein. Bei der Ausgestaltung der Satzung ist jedoch Vorsicht geboten: Werden die Verwaltungsrechte der Kommanditaktien zu sehr geschwächt, drohen eventuell negative Auswirkungen auf den Börsenkurs. Dies würde wiederum den Unternehmenswert auch zu Lasten der Unternehmerfamilie beeinträchtigen und eine neue Kapitalaufnahme erschweren.

Zu beachten bleibt auch die zwingende Notwendigkeit einer effizienten Unternehmensverwaltung, die aufgrund der komplexen rechtlichen Anforderungen der SE & Co. KGaA nur mit relativ hohem (Personal-)Aufwand zu erzielen sein wird. Da sich dieser Aufwand im Verhältnis zum Ertrag kleiner Familienunternehmen kaum rechtfertigen lassen wird, dürfte die SE & Co. KGaA somit vor allem für größere Familienunternehmen, die an die Börse streben, die geeignete Rechtsform sein.



Holger Wagener, M.B.L.-HSG, MBA (NYU)  
Rechtsanwalt  
holger.wagener@brandi.net

## PRO TALENT BRONZE-FÖRDERER 2020/2021

BRANDI Rechtsanwälte fördert talentierte und engagierte Studierende der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.



## DEUTSCHLANDSTIPENDIUM

BRANDI Rechtsanwälte fördert das Deutschlandstipendium und unterstützt damit begabte und leistungsstarke Studierende der fünf Hochschulen des Landes NRW in Ostwestfalen-Lippe.



BRANDI FÖRDERT STUDIERENDE



## VERANSTALTUNGSTICKER

Auch in diesem Jahr planen wir interessante Veranstaltungen für Sie, bleiben Sie auf dem Laufenden.

### 07. MAI 2021 DATENSCHUTZRECHTSTAG

#### IMPULSREFERATE MIT ANSCHLIESSENDER DISKUSSIONSRUNDE

Im Rahmen einer Podiumsdiskussion werden wir anhand Ihrer Fragen mit den Referenten zu aktuellen und folgenden Themen diskutieren:

#### Aktuelle Fragen zum Jubiläum der DSGVO – Neues aus der Aufsichtsbehörde

- Schrems II - Datenübermittlungen in Drittstaaten auf dem Prüfstand
- Geldbußen nach der DSGVO: wo und wie viele, wie hoch, gegen wen?
- Verhindert der Datenschutz die Pandemiebekämpfung? Corona und die Folgen für die Grundrechte
- Cookies - Selbstbestimmung im Netz

#### Datenschutz im Unternehmen

- Homeoffice und Datenschutz
- Videokonferenzsysteme und Datenschutz
- Corona und Datenschutz
- der Betriebsrat und Datenschutz

Sie haben die Möglichkeit Fragen zu stellen und sich so aktiv an der Diskussion zu beteiligen.

#### MODERATOREN

**Dr. Christoph Rempe**  
Fachanwalt für IT-Recht

**Dr. Christoph Worms**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

#### REFERENTEN

**Prof. Dr. Dieter Kugelmann**  
Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit in Rheinland-Pfalz

**Dr. Sebastian Meyer**  
Fachanwalt für IT-Recht  
Datenschutzauditor (TÜV)

**Dr. Laura Schulte**  
Rechtsanwältin

**Dr. Daniel Wittig**  
Rechtsanwalt  
Datenschutzbeauftragter (TÜV<sup>®</sup>) gemäß DSGVO und BDSG

### 10. JUNI 2021 UPDATE VERTRIEBSRECHT

#### PROGRAMM

9.30 Uhr	Begrüßung Force Majeure: Sinn und Unsinn von Force Majeure-Klauseln  Incoterms® 2020
11.00 - 11.30 Uhr	Pause
11.30 Uhr	Wie gewonnen, so zerronnen. Risiken aus Insolvenzanfechtung  Gefährdung des Versicherungsschutzes durch kaufvertragliche Abreden  Streng geheim? Zwei Jahre Geschäftsgeheimnisgesetz in der Praxis

#### REFERENTEN

**Dr. Birgit Jaenicke**  
Rechtsanwältin, Mediatorin (DAA),  
Fachanwältin für Internationales Wirtschaftsrecht

**Dr. Sörren Kiene**  
Rechtsanwalt, Solicitor (England & Wales),  
Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht

**Dr. Bernhard König**  
Rechtsanwalt

**Dr. Siegfried Friesen**  
Rechtsanwalt

**Christian Rödding**  
Rechtsanwalt

# PODCAST

## BRANDI GIBT ES JETZT AUCH ZUM HÖREN

Wir haben unseren eigenen Podcast gestartet!

In regelmäßigen Abständen haben Sie die Möglichkeit, aktuelle Informationen zu hören, aber auch Anwälte unserer Standorte näher kennenzulernen.

Unser erster BRANDI Podcast ist zu den Themen Corona und Erstattungsansprüche sowie Datenschutz und EU US Privacy Shield.

In einer Sonderfolge informieren wir zum Thema Corona Arbeitsschutzverordnung.

Der BRANDI Podcast für März 2021 informiert zu den Themen Verringerung des Abmahnrisikos im E-Commerce und die faktische Lebensgemeinschaft.



**Bielefeld**

Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld  
T +49 521 96535 - 0  
F +49 521 96535 - 99  
E [bielefeld@brandi.net](mailto:bielefeld@brandi.net)

**Detmold**

Lindenweg 2  
32756 Detmold  
T +49 5231 9857 - 0  
F +49 5231 9857 - 50  
E [detmold@brandi.net](mailto:detmold@brandi.net)

**Gütersloh**

Thesings Allee 3  
33332 Gütersloh  
T +49 5241 5358 - 0  
F +49 5241 5358 - 40  
E [guetersloh@brandi.net](mailto:guetersloh@brandi.net)

**Paderborn**

Rathenaustraße 96  
33102 Paderborn  
T +49 5251 7735 - 0  
F +49 5251 7735 - 99  
E [paderborn@brandi.net](mailto:paderborn@brandi.net)

**Minden**

Königswall 47-49  
32423 Minden  
T +49 571 83706 - 0  
F +49 571 83706 - 66  
E [minden@brandi.net](mailto:minden@brandi.net)

**Hannover**

Adenauerallee 12  
30175 Hannover  
T +49 511 899379 - 0  
F +49 511 899379 - 77  
E [hannover@brandi.net](mailto:hannover@brandi.net)

**Paris**

44, Avenue des Champs Elyées  
F-75008 PARIS  
T +33 1 44 95 20 00  
F +33 1 49 53 03 97  
E [info@kleinwenner.eu](mailto:info@kleinwenner.eu)

**Beijing**

Grandall Law Firm  
9th Floor Taikang Financial Tower  
No. 38 North Road East Third Ring  
Choayang  
Beijing (Peking) 100026  
T +86 10 65 89 06 99  
F +86 10 58 13 77 88  
E [peking@brandi.net](mailto:peking@brandi.net)

Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion ([patrizia.ferrara@brandi.net](mailto:patrizia.ferrara@brandi.net)) gern zur Verfügung.