

# Betriebs Berater

## // DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Bernhard Pellens

**Perspektive der Unternehmensrechnung: Wo endet die IFRS-Rechnungslegung?**

I

## // WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M., und Dr. Sebastian Mock, LL.M.

**Abberufung des besonderen Vertreters durch den Alleinaktionär**

775

Dr. Wolf R. Bussian, LL.M., RA, und Dr. Matthias Achenbach, RA

**Haftung des GmbH-Geschäftsführers für die Gesellschafterliste trotz Mitwirkung des Notars?**

778

Sven Köhnen, RA

**Paradigmenwechsel – Die geplanten Änderungen der EU-Kommission für den Kfz-Vertrieb ab 2010**

781

**KG Berlin: Zum „Erscheinen“ eines Aktionärs auf der Hauptversammlung – wirksame Legitimationsübertragung**

BB-Kommentar von Dr. Ulrich Block, LL.M., RA, und Benno A. Packi, RA

785

## // STEUERRECHT

Dr. Stephen A. Hecht, LL.M., RA/StB, und Thomas von Cölln, StB

**Unternehmensbewertung nach dem BewG i. d. F. des ErbStRG – Anmerkungen zu den Ländererlassen**

795

Christian Brodersen, RA/Notar, und Burkhard von Loeffelholz, RA/StB

**Änderungen in der Umsatzbesteuerung für Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer**

800

Anton Rudolf Götzenberger, StB/MBA

**Steuern auf stille Reserven vermeiden – durch Reinvestition in einen § 6b Fonds**

806

**BfH: Vorsteuerabzug bei Ausweis eines überhöhten Steuerbetrags und bei nachträglicher Erhöhung der Bemessungsgrundlage**

BB-Kommentar von Dr. Stefan Behrens, RA/FAStR/StB, und Dr. Michael Bohnhardt

808

## // BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Benedikt Kastrup, WP/StB, und Dr. Oliver Middendorf, WP/StB

**Latente Steuern bei Personengesellschaften im handelsrechtlichen Jahresabschluss nach BilMoG**

815

**BMF: Maßgeblichkeit der handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung für die steuerliche Gewinnermittlung – Änderung des § 5 Abs. 1 EStG durch das BilMoG**

Verwaltungsreport von Ingetraut Meurer

820

## // ARBEITSRECHT

Antje Wutschka, RAin

**Arbeitsrechtliche Maßnahmen bei Verlegung und Zusammenschluss von Betrieben**

825

**BAG: Verwirkung des Widerspruchsrechts bei Betriebsübergang**

BB-Kommentar von Dr. Timon Grau, RA

831

## // BERUFSPRAXIS: BERUFSRECHT

**Im Blickpunkt: Abschlussprüferaufsicht**

V

BGB, sind bei der AGB-rechtlichen Kontrolle von Vorstandsverträgen die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten nicht zu berücksichtigen.

Dass in der Praxis, insbesondere bei Vorstandsstellungsverträgen, die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB häufig übersehen wird – so auch im Fall des Landgerichts Düsseldorf –, liegt sicherlich mit daran, dass Vorstandsstellungsverträge nicht zu den typischen Anwendungsfeldern des AGB-Rechts gehören. Nichtsdestotrotz sind die Regelungen der §§ 305 ff. BGB auch dort zu beachten. Das gilt insbesondere für die bei einigen Aktiengesellschaften anstehenden Änderungen der Vergütungs-

struktur in den Vorstandsverträgen nach Maßgabe der neuen gesetzgeberischen Vorgaben des § 87 Abs. 1 AktG.

Ferner veranschaulicht die Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf, dass vermeintlich eindeutige Regelungen in Vorstandsverträgen, etwa durch die Bezugnahme auf Bilanzkennziffern, im Einzelfall doch zu Auslegungsproblemen führen können, wenn die Unternehmenspraxis Anlass für eine abweichende Interpretation gibt. Zu solchen Situationen mag es etwa auch dadurch kommen, dass sich die Aussagekraft und Maßgeblichkeit einzelner Bilanzkennziffern aufgrund nachträglicher Veränderungen der in dem Unternehmen angewandten Rechnungslegungsstandards ändert.

## BGH: Zum Freistellungsanspruch und Zurückbehaltungsrecht eines ausgeschiedenen GbR-Gesellschafters

**BGH**, Beschluss vom 18.1.2010 – II ZR 31/09

Volltext des Beschlusses: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-709-3

unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSATZ

Dem ausgeschiedenen Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft steht gegenüber dem Anspruch der Gesellschaft auf Ausgleich eines negativen Auseinandersetzungsguthabens kein Freistellungsanspruch und damit kein darauf gestütztes Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich in der Auseinandersetzungsbilanz passivierter Sozialansprüche einzelner Gesellschafter gegen die Gesellschaft zu. Der ausgeschiedene Gesellschafter kann Freistellung nach § 738 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB nur von gemeinschaftlichen Schulden, d. h. von Verbindlichkeiten der Gesellschaft verlangen, für die er analog § 128 HGB haftet. Für Sozialansprüche besteht keine Haftung analog § 128 HGB.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Parteien stritten nach dem Ausscheiden der beklagten ausgeschiedenen BGB-Gesellschafter um den Ausgleich des von der Klägerin errechneten Auseinandersetzungsanspruchs. Das Landgericht und das Kammergericht haben der entsprechenden Klage der BGB-Gesellschaft stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Revision der Beklagten vor dem BGH blieb ohne Erfolg. Der BGH bestätigte die Ansicht des KG, wonach es sich bei den in der Auseinandersetzungsbilanz passivierten Refinanzierungszahlungen und -anteilen um Sozialansprüche einzelner Gesellschafter gegen die BGB-Gesellschaft handele. Da die Mitgesellschafter diesbezüglich nicht einer internen Ausgleichspflicht gegenüber den weiteren Gesellschaftern unterliegen, stehe diesen insoweit weder ein Freistellungsanspruch noch ein Zurückbehaltungsrecht zu.

### PRAXISFOLGEN

1. Der BGH bestätigt in dieser Entscheidung letztlich seine bisherige Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 2.7.1962 – II ZR 204/60), wonach ein BGB-Gesellschafter Freistellung nach § 738 Abs. 1 BGB nur für gemeinschaftliche Schulden, sprich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, für die er gemäß § 128 HGB analog haftet, verlangen könne.
2. Interessanter sind die weiteren Gesichtspunkte des Falles, die der BGH aber bereits mit Beschluss vom 9.3.2009 (II ZR 131/08) entschieden hatte, wonach eine Haftungsbegrenzung mit Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis keine Auswirkung im Innenverhältnis hinsichtlich des An-

spruchs der Gesellschaft auf Ausgleich eines negativen Auseinandersetzungsguthabens hat.

3. Für den ausscheidenden BGB-Gesellschafter ist bedeutsam, dass er für das Bestehen und die Fälligkeit gemeinschaftlicher Schulden, auf die er seinen Freistellungsanspruch und damit auch ein Zurückbehaltungsrecht stützt, darlegungs- und beweispflichtig ist. Insoweit empfiehlt sich in der Praxis, soweit möglich, vor dem Ausscheiden eine entsprechende Dokumentation vorzubereiten.

4. Die Schuldbefreiung des ausscheidenden Gesellschafter wird seitens der Gesellschaft durch Schuldentlastung mit dem Gläubiger oder durch Befriedigung des Gläubigers erreicht. In der Praxis haben betroffene Gesellschaften darauf zu achten, dass sie die Schuldbefreiung nicht durch eine interne Vereinbarung zwischen dem Ausscheidenden und der Gesellschaft erreichen können, da der Gläubiger der Schuld nicht ohne seine Zustimmung einen Schuldner verlieren kann.

**Dr. Nils Krause**, LL.M., RA, Solicitor (England/Wales) und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Hamburg

## BGH: Keine wirtschaftliche Neugründung von Gesellschaften bei üblichen Vorlaufzeiten bis zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs

**BGH**, Beschluss vom 18.1.2010 – II ZR 61/09

Volltext des Beschlusses: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-709-2

unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSÄTZE

1. Eine Mantelverwendung, auf die die Regeln der sog. „wirtschaftlichen Neugründung“ anwendbar sind, kommt nur in Betracht, wenn die Gesellschaft eine „leere Hülse“ ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann.
2. Eine „leere Hülse“ in diesem Sinne liegt dann nicht vor, wenn die Gesellschaft nach Gründung und Eintragung konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit im Rahmen des statutarischen Unternehmensgegenstands entfaltet (Fortführung von BGHZ 155, 318).

### ZUSAMMENFASSUNG

Die GmbH, deren Gesellschafter von ihrem späteren Insolvenzverwalter in Anspruch genommen wurden, wurde im April 2003 gegründet und im Mai

2003 im Handelsregister eingetragen. Im Anschluss bereitete man die Aufnahme ihres Geschäftsbetriebs vor. Nach außen hin wurde der Geschäftsbetrieb im November 2003 aufgenommen, er war vom Unternehmensgegenstand gedeckt. Der BGH war wie die Vorinstanz LG Berlin der Ansicht, dass die Klage des Insolvenzverwalters keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.

## PRAXISFOLGEN

Der BGH bestätigt seine Rechtsprechung, dass übliche Vorlaufzeiten bei der Aufnahme des Geschäftsbetriebs nicht zu einer Haftung der Gesellschafter wegen wirtschaftlicher Neugründung führen. Für andere Fallkonstellationen besteht die oft beklagte Rechtsunsicherheit weiter. Ein in der Literatur häufig genanntes Beispiel sind Verkäufe mit grundlegender Neuausrichtung der Gesellschaft. Ansprüche sind aber auch schon in Fällen geltend gemacht worden, in denen weder die Gesellschafter noch der Unternehmensgegenstand gewechselt hatten. Das kann leicht zu weit führen, zumal es auch bei länger bestehenden Gesellschaften zu einer vorübergehenden Einschränkung der Geschäftstätigkeit kommen kann, etwa in einer Wirtschaftskrise. Wenn die spätere Ausweitung der Geschäfte jedes Mal einer Neugründung gleichgestellt würde, würde die Haftungsbegrenzung zu sehr eingeschränkt.

In der Literatur wird den Gesellschaftern geraten, im Zweifel eine wirtschaftliche Neugründung beim Register anzuzeigen, um eine Haftung auszuschließen. Die Lockerung des Rückzahlungsverbots nach § 19 Abs. 5 GmbHG macht es auch für wirtschaftliche Neugründer leichter, das nötige Kapital aufzubringen. Derzeit ist beim BGH eine Revision gegen ein Urteil anhängig, nach dem die Gesellschafter trotz fehlender Anzeige der Neugründung nicht haften sollen, wenn das Stammkapital der GmbH vorhanden war (so KG Berlin, Urteil vom 7.12.2009 – 23 U 24/09, m. Anm. *Römermann*, GWR 2010, 87). Wirtschaftlich spricht einiges für diese Sichtweise, sie fügt sich aber nicht ohne weiteres in das vom BGH entwickelte Haftungskonzept ein (so bereits *Römermann*, a. a. O.).

Durch § 8 Abs. 1a KStG sind Sanierungserwerbe steuerlich wieder interessanter geworden. Allerdings gehen Verlustvorträge auch in Sanierungsfällen gemäß § 8 Abs. 1a S. 4 KStG unter, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb bereits im Wesentlichen eingestellt hatte. Die Existenz dieser Regelung könnte die Bereitschaft der Gesellschafter mindern, vorsorglich auch in Zweifelsfällen die wirtschaftliche Neugründung anzuzeigen.

**Dr. Hortense Trendelenburg**, RAin, Solicitor (England & Wales), Partnerin, und **Stefanie Kornatz**, RAin, Avocat à la Cour (Paris), beide bei Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt

## BGH: Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln im Massengeschäft?

BGH, Urteil vom 13.1.2010 – VIII ZR 81/08

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-792-1  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

## LEITSÄTZE

1. Zur Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in Erdgaslieferverträgen mit Normsonderkunden.
2. Bei Unwirksamkeit einer solchen Preisänderungsklausel tritt weder § 4 AVBGasV an deren Stelle noch kommt dem Energieversorgungsunternehmen im Wege ergänzender Vertragsauslegung ein Recht zur Änderung

des vereinbarten Preises zu, wenn ihm ein Festhalten am vereinbarten Preis deshalb nicht unzumutbar ist, weil es sich innerhalb überschaubarer Zeit durch Kündigung vom Vertrag lösen kann (Bestätigung von BGH, Urteil vom 28.10.2009 – VIII ZR 320/07 = BB 2010, 82).

## ZUSAMMENFASSUNG

Der Rechtsstreit betraf erneut die (Un-)Wirksamkeit von Gaspreiserhöhungen durch ein Versorgungsunternehmen. Grundlage der Erhöhungen war eine vertragliche Regelung, wonach sich das Versorgungsunternehmen „eine Änderung der Preise [vorbehält]“. Die Änderung war in der örtlichen Tagespresse anzuzeigen, dem Kunden stand ein Sonderkündigungsrecht zu. Soweit in dem Sonderabkommen nichts anderes vereinbart war, sollten die Bestimmungen der AVBGasV entsprechend gelten. Die Erstlaufzeit des Vertrages betrug bis zu zwei Jahre.

Der BGH bestätigte zunächst seine mittlerweile ständige Rechtsprechung (vgl. BGH, 15.7.2009 – VIII ZR 56/08 = BB 2009, 2278), wonach eine Preisanpassungsklausel in einem Sondervertrag keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 oder 2 BGB darstellt, wenn sie das im Tarifkundenverhältnis bestehende gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV/§ 5 Abs. 2 GasGVV unverändert übernimmt. Das sei hier aber nicht der Fall: Nach der streitigen Preisanpassungsklausel habe keine Rechtspflicht bestanden, Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen. Die unangemessene Benachteiligung der Kunden werde auch nicht durch das Sonderkündigungsrecht ausgeglichen.

Der BGH wies es sodann zurück, dem Versorgungsunternehmen ein Preisänderungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zuzubilligen. So führe es nicht ohne Weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis, wenn das Unternehmen aufgrund der Klauselunwirksamkeit für die Dauer der zweijährigen Vertragslaufzeit an den vereinbarten Anfangspreis gebunden ist. Der BGH lehnte auch die Argumentation des Versorgungsunternehmens ab, es sei mit Rückforderungsansprüchen von Sonderkunden in erheblicher Höhe zu rechnen, die zu einer Existenzbedrohung für das Unternehmen führen könnten. Der BGH stellte hierzu fest, dass entsprechender Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen nicht aufgezeigt worden sei, obwohl dazu Anlass bestanden habe, nachdem schon die Vorinstanzen die Preisanpassungsklausel als unwirksam angesehen hatten. Es könne „deshalb offen bleiben, ob ein sich aus dem Abschluss einer Vielzahl gleich lautender Verträge ergebender wirtschaftlicher Nachteil überhaupt geeignet sein kann, eine nicht mehr hinnehmbare einseitige Verschiebung des im Individualprozess zu beurteilenden konkreten Vertragsgefüges zulasten des Verwenders zu begründen“.

## PRAXISFOLGEN

Solange nicht die heilende Wirkung der Verjährung eingesetzt hat, unterliegen Versorgungsunternehmen mit unwirksamer Preisanpassungsklausel einem erheblichen wirtschaftlichen Risiko durch Rückforderungsansprüche der Kunden. Die Entscheidung des BGH deutet nun eine Lösung an, die auf den kumulierten Effekt der Klauselunwirksamkeit in einer Vielzahl von Verträgen abstellt. Zwar konnte es der Senat dahingestellt sein lassen, ob eine ergänzende Vertragsauslegung tatsächlich in Betracht kommen würde. Zum gebotenen prozessualen Vorgehen von Versorgungsunternehmen muss es aber in Zukunft sicherheitshalber gehören, schon in den Tatsacheninstanzen die Wirkung einer Klauselunwirksamkeit über den Einzelfall hinaus darzulegen.

**Dr. Lorenz Zabel**, LL.M. (Madison), Rechtsanwalt und Senior Associate bei Lovells LLP, Frankfurt