

# Betriebs Berater

## // WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Michael Kleine-Cosack, RA, FAVerwR  
**Freigabe des Erfolgshonorars wider Willen** 1406

José A. Campos Nave, RA, FASr, FAHaGesR  
**Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa** 1410

**BGH:** Einleitung eines Musterverfahrens nach dem KapMuG  
 BB-Kommentar von Peter Gundermann, RA 1414

**OLG Frankfurt:** Strukturkündigung von Kfz-Vertrags-  
 händlerverträgen ist wirksam  
 BB-Kommentar von Dr. Carsten Reimann, LL.M., RA, und  
 Dr. Albin Ströbl, RA 1417

## // STEUERRECHT

Michael Freudenberg, M.A., und Holger M. Peters, RA  
**Steuerliche Allokation von Restrukturierungsaufwen-  
 dungen im Kontext von Funktionsverlagerungen** 1424

Prof. Dr. Jörg Rodewald, RA, und Matthias Pohl, RA  
**Rabatte Dritter für Arbeitnehmer – Gestaltungen  
 zur Vermeidung von Lohnsteuer** 1431

**BFH:** Anspruch auf Vertrauensschutz bei Verschärfung der  
 Rechtsprechung des BFH oder Abweichung von einer allgemein  
 geübten Verwaltungspraxis  
 BB-Kommentar von Dr. Frank Balmes, RA, und  
 Christoph Felten, LL.M., RA 1434

## // BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Fedor Zeyer  
**Lösungshinweise zu ausgewählten Bilanzierungs-  
 problemen der Einheits-GmbH & Co. KG** 1442

**BFH:** Bilanzberichtigung und Bilanzänderung –  
 Nachträgliche Bildung von Rückstellungen  
 BB-Kommentar von Achim Bergemann, StB 1446

## // ARBEITSRECHT

Dr. Stefan Sasse, RA  
**Rechtsprechungsübersicht zum Mobbing** 1450

**BAG:** Kündigung wegen qualitativer Schlechtleistung  
 BB-Kommentar von Dr. Ulrich Brötzmann, RA, FAArbR 1454

## // BB-MAGAZIN

Dr. Stephanie Jungheim  
**Vertragsbeendigung und Lizenzfußballspieler:  
 Zwischen Arbeitsrecht und Verbandsrecht** M1

Alexandra Buba  
**Interview mit Prof. Dr. Georg Disterer zum Wissens-  
 management in Kanzleien: „Die größte Herausforderung  
 bleibt die Kultur der Kanzleien“** M16

nose gestellt und daraus *vertretbare* Konsequenzen gezogen habe. Der Nachweis der Plausibilität durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sei daher als erbracht anzusehen, wenn der Hersteller darlegen kann, dass seine Vorgehensweise in einer konkreten Situation „innerhalb eines Spektrums denkbarer Reaktionen eine vertretbare Maßnahme zur Abwendung andernfalls möglicher wirtschaftlicher Nachteile war“. Eine Darlegung (wie sie offenbar das OLG Köln für erforderlich erachtet), dass sich die Prognose am Ende tatsächlich als richtig erwiesen hat, könne demgegenüber mit Sicherheit nicht verlangt werden. Das OLG Frankfurt hielt daher – anders als das OLG Köln – den Sachvortrag von *Nissan* für erheblich. Im Ergebnis meint das OLG Frankfurt, es sei nicht nur vertretbar, sondern sogar aner kennenswert, dass ein Lieferant in der Situation dramatischer sinkender Marktanteile Maßnahmen ergreift, um diese Entwicklung zu korrigieren. Die kurzfristige Änderung der Vertriebsstrukturen könne ohne Weiteres eine notwendige Korrekturmaßnahme sein, wenn der Lieferant die bisherigen Strukturen des Vertriebsnetzes nachvollziehbar als Ursache für den Rückgang der Marktanteile und die damit einhergehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten ausgemacht hat.

Das OLG Köln hat demgegenüber zwar ebenfalls die Rechtsprechung des EuGH aufgegriffen, es betont aber, dass der Prüfungsmaßstab nicht auf eine reine Willkür- oder Sittenwidrigkeitskontrolle beschränkt wäre und es „plausibel“ nicht im Sinne von nur „vernünftig“ oder „nachvollziehbar“, sondern im Sinne von „überzeugend“ oder „einleuchtend“ verstehe. Auch wenn dies das Gericht nicht ausdrücklich betont, spricht manches dafür, dass es die Notwendigkeit zur Umstrukturierung des Vertriebsnetzes wohl nur dann bejahen möchte, wenn der Lieferant darlegen kann, dass sich sein Entscheidungsspielraum so verengt hat, dass die Umstrukturierung des Vertriebsnetzes aus objektiven Gründen die einzig richtige Entscheidung des Lieferanten war. Dahingehend wollte sich der EuGH aber nicht verstanden wissen. Das OLG Frankfurt folgt daher dem OLG Köln zu Recht nicht. Eine eingehende Analyse der hier in Rede stehenden Entscheidungen wird Gegenstand eines separaten Beitrages sein.

### Praxisfolgen

Kfz-Lieferanten durften sich nach dem Urteil des OLG Köln berechtigterweise fragen, ob eine Strukturkündigung mit einjähriger Kündigungsfrist aufgrund der *Notwendigkeit*, das Vertriebsnetz ganz oder zu einem wesentlichen

Teil umzustrukturieren, angesichts der bestehenden Risiken, die wohl überspannten Anforderungen der Gerichte an die Darlegungslast am Ende möglicherweise nicht erfüllen zu können und dass die Kündigung mithin als unwirksam angesehen wird, taktisch sinnvoll ist. Nach dem Urteil des OLG Frankfurt fällt die Antwort wieder etwas positiver aus. Da die Rechtslage bezüglich der Anforderungen an die Darlegungslast des Lieferanten, insbesondere was den Umfang, die Tiefe und sensible Geschäftsgeheimnisse anbelangt, jedoch bis zur Klärung durch den BGH weiterhin unklar ist, muss aktuell noch sorgfältig das Risiko, dass eine notwendige Umstrukturierung nicht zügig umgesetzt wird, mit dem Risiko abgewogen werden, dass die Gerichte die Anforderungen an die Darlegungslast in einer Weise überspannen, dass diese nicht bzw. kaum mehr erfüllt werden können und die Kündigung mithin als unwirksam angesehen wird. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH mit Augenmaß und pragmatischem Sachverstand urteilt. Es kann nicht Folge einer von der Kommission ausdrücklich gebilligten Maßnahme – die gerade der Entwicklung anpassungs- und leistungsfähiger Strukturen dienen soll – sein, dass der Prinzipal sie bis ins letzte Detail und womöglich im Spannungsverhältnis mit den zu wahrenen Geschäftsgeheimnissen Dritter – nämlich der Händler selbst (z.B. Finanzkraft) – öffentlich ökonomisch rechtfertigen muss. Der EuGH führt mit Blick auf den Händlerschutz bezeichnenderweise nur aus, die Händler sollten „nicht jeden wirksamen gerichtlichen Schutz in dieser Frage verlieren“ (EuGH, Urt. v. 7.9.2006 – Rs. C-125/05). Dem Händlerschutz dürfte also hinreichend Rechnung getragen sein, wenn die Händlerverträge nicht aus sachfremden und willkürlichen Gründen bzw. aufgrund einer (unvertretbar) falschen subjektiven Einschätzung der Sachlage mit einer verkürzten Kündigungsfrist von nur einem Jahr gekündigt werden. Allein um dies auszuschließen, hat der Lieferant die Gründe für die Notwendigkeit, sein Vertriebsnetz ganz oder zu einem wesentlichen Teil umzustrukturieren, auf plausible Art und Weise darzulegen.

**Hinweis der Redaktion:** Infolge einer abweichenden Beurteilung der Wirksamkeit der Strukturkündigung durch das OLG Köln in einer Parallelentscheidung vom 7.12.2007 hat der Senat die Revision zugelassen. Das Urteil ist daher nicht rechtskräftig. Eine ausführliche Besprechung der divergierenden Entscheidungen des OLG Köln und des OLG Frankfurt von *Reimann/Ströbl* lesen Sie in Heft 28 des „Betriebs-Berater“.

## // Entscheidungsreporte

### // GESELLSCHAFTS-/INSOLVENZRECHT

## Keine Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln bei gesellschaftsrechtlicher Verbindung über weisungsfreie Aktiengesellschaften

BGH, Urteil vom 5.5.2008 – II ZR 108/07

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2008-1421-1  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSÄTZE

1. Ist ein Gesellschafter an der Darlehen nehmenden und an der Darlehen gebenden Gesellschaft beteiligt, finden auf eine Finanzierungshilfe des

Darlehen gebenden Unternehmens die Eigenkapitalersatzvorschriften Anwendung, wenn der Gesellschafter auf die Gewährung oder den Abzug der Kredithilfe an das andere Unternehmen bestimmenden Einfluss ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft entsprechende Weisungen erteilen kann (st. Rspr., vgl. z.B. Senatsurteil v. 28.2.2005 – II ZR 103/02, BB 2005, 846 mit Komm. *Gehrlein* = ZIP 2005, 660, 661 m.w.Nachw.).

2. Hat eine Aktiengesellschaft, die wie ihre Schwestergesellschaft von einer gemeinsamen Muttergesellschaft beherrscht wird, einer GmbH, an der ihre Schwestergesellschaft als Gesellschafterin beteiligt ist, in der Krise eine Finanzierungshilfe gewährt oder belassen, kommt eine Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln nicht in Betracht. Weder die Schwestergesellschaft noch die Muttergesellschaft sind rechtlich in der Lage, bestimmen Einfluss auf die Entscheidung der Hilfe gewährenden Aktiengesellschaft zu nehmen, ob die Kredithilfe belassen oder abgezogen wird; vielmehr entscheidet hierüber allein deren Vorstand unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG).

## ZUSAMMENFASSUNG

Die Klägerin, eine AG, gewährte der Schuldnerin, einer GmbH, mehrere Darlehen, die sie in der Krise der (mittlerweile insolventen) Schuldnerin nicht kündigte. Aktionärin der Schuldnerin mit einer Beteiligung von 40% war eine weitere AG, die ihrerseits zu 99,7% von einer Bank gehalten wurde. Die Bank war zu 86,1% an der Klägerin beteiligt.

Der BGH ließ offen, ob die Verbindung zwischen der Darlehensgeberin und der Aktionärin der Darlehensnehmerin das Darlehen eigenkapitalersetzend gemacht hätte, wenn die Bank gegenüber der Darlehensgeberin weisungsbefugt gewesen wäre. Wegen § 76 Abs. 1 AktG habe kein Weisungsrecht bestanden, so dass das Darlehen nicht eigenkapitalersetzend sei.

## PRAXISFOLGEN

Der BGH zitiert eine Reihe von früheren Entscheidungen und gibt keine Hinweise darauf, seine Rechtsprechung ändern zu wollen. Trotzdem war die Entscheidung nicht unbedingt zu erwarten. Zwar betrafen die früheren Entscheidungen des BGH zum Eigenkapitalersatz im Konzern meist Mehrheitsbeteiligungen, obiter dictum wurde aber erwähnt, dass auch Darlehen anderer verbundener Unternehmen i. S. v. §§ 15 ff. AktG eigenkapitalersetzend sein können.

Zur bisherigen Differenzierung zwischen AGs und GmbHs nach der Beteiligungshöhe des Gesellschafters kommt nun eine weitere Differenzierung hinzu. Der Verweis auf § 76 Abs. 1 AktG überzeugt nur auf den ersten Blick. Zum einen kann der vom Mehrheitsgesellschafter gewählte Aufsichtsrat gemäß § 84 Abs. 3 S. 1, S. 2 3. Alt. AktG die Trennung vom Vorstand beschließen. Zum anderen sind auch GmbH-Geschäftsführer nicht verpflichtet, Weisungen des Gesellschafters zu befolgen, wenn diese – wie es in der Krise des Konzerns durchaus vorkommt – rechtswidrig sind. Dies ändert nichts daran, dass eine gewisse faktische Abhängigkeit vom Mehrheitsgesellschafter besteht.

Die Entscheidung bringt Rechtssicherheit bezüglich Darlehen, die AGs innerhalb des Konzerns geben. Praktisch bietet sie die Möglichkeit, die Regeln über den Eigenkapitalersatz durch Einsatz von AGs zu umgehen. Nachdem AGs u. a. wegen § 57 AktG komplizierter zu handhaben sind als GmbHs und das Eigenkapitalersatzrecht demnächst durch das MoMiG liberalisiert werden soll, dürften die Auswirkungen des Urteils in der Praxis überschaubar sein.

**Dr. Hortense Trendelenburg**, RAin, Solicitor (England & Wales) und Partnerin bei Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt

## Wirkungslosigkeit des Eigenkapital ersetzenden Charakters der Gebrauchsüberlassung bei Insolvenz des Gesellschafters

BGH, Urteil vom 28.4.2008 – II ZR 207/06

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2008-1422-1 unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

## LEITSATZ

Die Wirkung einer eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung, dass nämlich die Gesellschaft bzw. – im Falle ihrer Insolvenz – der Insolvenz-

verwalter das Grundstück unentgeltlich nutzen darf, endet, wenn über das Vermögen des vermietenden Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet wird, nach § 110 Abs. 1 InsO spätestens mit Ablauf des der Insolvenzeröffnung nachfolgenden Kalendermonats (Fortführung von BGHZ 140, 149 ff.; Klarstellung von BGH, Sen.Urt. v. 28.2.2005 – II ZR 103/02, ZIP 2005, 660 ff.).

## ZUSAMMENFASSUNG

Der Entscheidung liegt der Streit zweier Insolvenzverwalter zugrunde. Beklagter ist der Insolvenzverwalter einer GmbH, Kläger der des Alleingesellschafters. Streitobjekt ist Miete für ein Grundstück, das der Gesellschafter „seiner“ GmbH in der Krise überlassen hatte. Unter Hinweis auf den Eigenkapital ersetzenden Charakter dieser Gebrauchsüberlassung hatte sich der Beklagte geweigert, Miete zu zahlen. Teilweise zu unrecht, wie der BGH mit der aus dem Leitsatz ersichtlichen Begründung entschied.

Rechtlicher Ausgangspunkt des BGH ist seine gefestigte Rechtsprechung zum Verhältnis von GmbH zum *vollstreckenden* Grundpfandgläubiger des Gesellschafters. Diesem kommt § 1124 Abs. 2 BGB zugute, da der Eigenkapital ersetzende Charakter der Gebrauchsüberlassung wie eine Stundung durch den Eigentümer behandelt wird. Diese fällt unter den Begriff der Vorausverfügung nach dieser Vorschrift und wird damit nach Beschlagnahme unwirksam (grundlegend BGHZ 140, 147, 150 ff.). Da, so der neue Schluss des BGH, § 110 Abs. 1 InsO ebenso wie die Vorläuferregelung in § 21 Abs. 2 KO dem § 1124 Abs. 2 BGB nahezu wörtlich nachgebildet und an dieser Vorschrift ausgerichtet ist, ist auch bei dieser Vorschrift der Eigenkapital ersetzende Charakter der Gebrauchsüberlassung als Stundung des Mietzinses zu behandeln und damit nach Ablauf des Monats der Insolvenzeröffnung (bzw. des Folgemonats) den Insolvenzgläubigern gegenüber wirkungslos.

## PRAXISFOLGEN

Die Entscheidung ist nicht überraschend; sie führt die bisherige Rechtsprechung zur Abwägung der Interessen zwischen den Gläubigern der GmbH und denen des Gesellschafters konsequent – und auf Basis des geltenden Rechts – richtig fort. Sie ist daher eine zu begrüßende Klarstellung, insbesondere auch vor dem Hintergrund der gelegentlich anders verstandenen Entscheidung des Senats aus 2005 (ZIP 2005, 660).

Trotzdem ist die Zukunftswirkung dieser Entscheidung wohl begrenzt. In der bisherigen Diskussion um das MoMiG war unklar, ob es die Eigenkapital ersetzende Gebrauchsüberlassung im neu gestalteten GmbH-Recht überhaupt noch geben werde. Dieses *Rätsel* ist nun gelöst: Wie der zuständige Ministerialrat, Prof. Dr. Ulrich Seibert, jüngst mitteilte, habe sich der BT-Rechtsausschuss in seiner abschließenden Beratung vom 18.6.2008 darauf verständigt, dass dieses Thema eine explizite Regelung nach österreichischem Vorbild erfahren solle. Danach müsste der Gesellschafter den „befangenen“ Gegenstand zwar für ein Jahr in der Insolvenzmasse belassen, hat jedoch Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung. Auch eine Rückzahlungspflicht für erhaltene Altentgelte gibt es dann nicht. Wird diese Regelung Gesetz – und davon ist nach dem Stand des Gesetzgebungsverfahrens auszugehen –, bricht aus dem „Gebäude“ des Eigenkapitalschutzes ein weiterer erheblicher Baustein heraus. Umgehungen des verbleibenden Restes werden deutlich erleichtert.

**Dr. Stefan Prose**, RA, Wellensiek Rechtsanwälte, Berlin