

Überreicht durch:

**Anwaltskanzlei
Steinort**

Grabenstr. 24 / Ecke Indestraße, 52249 Eschweiler
Telefon-Nr.: 02403/1678 Telefax: 02403/37776

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Februar 2012

Hinweis der Redaktion:

Auf vielfachen Wunsch unserer Leser steht der „Mandantenbrief“ ab sofort zum kostenlosen Download auf unserer Homepage www.juridicus.de bereit, sodass zukünftig von einem Abdruck in der Printausgabe des „Praktikerreports“ abgesehen wird.

A. Aus der Gesetzgebung

Die Insolvenzrechtsnovelle

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 07.12.2011, In-Kraft-Treten der Art. 4, 5, 7 und 8 am 01.01.2013, i. Ü. am 01.03.2012 (BGBl I, S. 2582)

I. Das Ziel der gesetzlichen Neuregelung

Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) werden **mehrere Reformvorhaben** zum Insolvenzrecht **umgesetzt**.

Insbesondere soll der Gesetzentwurf der **Erleichterung der Sanierung von Unternehmen** durch einen stärkeren Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters, durch **Ausbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens**, durch die **Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung** und durch eine größere **Konzentration der Zuständigkeit der Insolvenzgerichte** dienen. Außerdem soll die Position von sog. „Clearinghäusern“ gestärkt werden, die bei Finanztransaktionen mit dem Ziel einer effizienten Abwicklung und Risikominimierung als zentraler Vertragspartner zwischen Käufern und Verkäufern geschaltet werden. Insgesamt soll so die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen erleichtert und damit der Erhalt von Arbeitsplätzen ermöglicht werden. Gleichzeitig wird aber daran festgehalten, dass die **Befriedigung der Gläubiger weiterhin** das **zentrale Anliegen** des Insolvenzverfahrens bleibt. Zukünftig soll das Insolvenzverfahren für alle Beteiligten effektiver und planbarer ausgestaltet werden.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. Die Stärkung der Gläubigerautonomie

Die Gläubigeranatomie soll durch die Möglichkeit gestärkt werden, **bereits im Eröffnungsverfahren** einen **vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen**, der bei bestimmten Unternehmen ein wichtiges Mitspracherecht bei der Auswahl des Insolvenzverwalters und der Anordnung der Eigenverwaltung hat.

Auch bei der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, die gemeinhin als Schicksalsfrage des Verfahrens bezeichnet wird, soll dieser vorläufige Gläubigerausschuss eingebunden werden. Die Beteiligung der Gläubiger wird aber nicht nur zeitlich vorverlagert; vielmehr sollen Vorgaben des Ausschusses zur Person des Verwalters – seine Eignung und Unabhängigkeit vorausgesetzt – für den Richter unter bestimmten Umständen bindend sein. Künftig soll das Gericht in Insolvenzverfahren über Unternehmen, deren Betrieb noch nicht eingestellt ist und die eine bestimmte Unternehmensgröße und damit eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung haben, verpflichtet sein, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzuberufen. Besteht ein solcher vorläufiger Gläubigerausschuss und einigen sich alle Mitglieder auf einen Verwalter, ist das Gericht hieran gebunden.

2. Das „Schutzschirmverfahren“ für Schuldner

Künftig wird ein Schuldner bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung die Möglichkeit erhalten, **innerhalb von drei Monaten** in einer Art

„Schutzschirmverfahren“ **unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters** und frei von Vollstreckungsmaßnahmen **in Eigenverwaltung** einen **Sanierungsplan auszuarbeiten**, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann. Dabei soll das Gericht aber nicht nur regelmäßig den vom Schuldner vorgeschlagenen als vorläufigen Sachwalter einsetzen, auf Antrag ist das **Gericht** vielmehr auch **dazu verpflichtet, Zwangsvollstreckungen gegen den Schuldner zu untersagen oder einstweilen einzustellen**. Zudem darf es im Schutzschirmverfahren weder einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen noch dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entziehen.

3. Der Ausbau des Planverfahrens

Darüber hinaus soll das **Instrument des Planverfahrens ausgebaut** werden: Im Rahmen des Planverfahrens sollen künftig als Sanierungsinstrument auch **Forderungen von Gläubigern in Gesellschaftsanteile umgewandelt** werden können („debt-equity-swap“). Die Einbindung dieses gesellschaftsrechtlichen Instruments in die Insolvenzordnung soll die **Sanierungschancen verbessern**, da so Widerstände von Altgesellschaftern überwunden werden können.

Um zu vermeiden, dass Forderungen, die im Insolvenzverfahren nicht angemeldet wurden und erst nach Abschluss des Planverfahrens geltend gemacht werden, die Finanzplanung nachträglich stören, hat der Schuldner künftig die Möglichkeit, bei Vollstreckungsversuchen nach der Verfahrensaufhebung Vollstreckungsschutz durch das Insolvenzgericht zu erhalten, wenn die geltend gemachte Forderung die Durchführung des Insolvenzplans gefährden würde.

Zudem werden die **Verjährungsfristen für verspätete Forderungen verkürzt**: Ansprüche, die nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet worden sind und mit denen deshalb nicht zu rechnen war, verjähren künftig in einem Jahr.

4. Die Stärkung sog. „Clearinghäuser“

Darüber hinaus soll mit dem Gesetzesvorschlag außerdem die Position sog. „Clearinghäuser“ gestärkt werden, indem im Interesse der Stabilität der Märkte sichergestellt wird, dass Finanztransaktionen auch bei Insolvenz eines Teilnehmers geordnet zu Ende gebracht werden können.

5. Die Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeiten

Die Reform sieht weiterhin eine zwingende Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeiten für Insolvenzen auf **maximal ein Insolvenzgericht pro Landgerichtsbezirk** vor; dies gilt zukünftig sowohl für Unternehmens- als auch für Verbraucherinsolvenz- und sonstige Kleinverfahren.

6. Die Neuordnung des Rechts der Insolvenzstatistik

Schließlich wird das Recht der Insolvenzstatistik neu geordnet, damit in Zukunft **belastbare Angaben über die finanziellen Ergebnisse und den Ausgang von Insolvenzverfahren** vorliegen.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB

§§ 556 II, 560 III, 242

Betriebskostenpauschale

Auskunftsanspruch des Mieters

BGB

(BGH in NJW 2012, 303; Urteil vom 16.11.2011 – VIII ZR 105/11)

- I. Ein **Auskunftsanspruch des Mieters** gegen den Vermieter **zur tatsächlichen Höhe der bei der Wohnraummiete von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten** gem. § 242 BGB kommt **nur dann** in Betracht, **wenn konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebskosten bestehen**. Nicht relevant sind Ermäßigungen einzelner Betriebskosten, wenn sie durch Erhöhungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden.

„[Die Kl.] haben im Rahmen ihrer **Vertragsautonomie** die Höhe der Betriebskostenpauschale vereinbart. An dieser Vereinbarung müssen sie sich festhalten lassen. Der **Vermieter ist grds. nicht verpflichtet, seine anfängliche Kalkulation einer Betriebskostenpauschale offenzulegen** (Eisenschmid/Wall/Rips, Betriebskostenkomm., 3. Aufl., Rn 2402; Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 556 Rn 24).

Ein Anspruch auf Offenlegung der anfänglichen Kalkulation der Betriebskosten kann auch nicht aus **§ 560 III BGB** hergeleitet werden: Hiernach ist der Vermieter bei einer Ermäßigung der Betriebskosten verpflichtet, die Betriebskostenpauschale entsprechend herabzusetzen. Die Vorschrift **gilt aber nicht für von vornherein zu hoch angesetzte Pauschalen** (MüKo-BGB/Schmid, 5. Aufl., § 560 Rn 23).

Danach kann ein Auskunftsanspruch des Mieters zur tatsächlichen Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten gem. § 242 BGB nur in Betracht kommen, wenn **konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebskosten** bestehen. Denn ohne einen solchen Auskunftsanspruch wäre dem Mieter keine Kontrolle möglich, ob der Vermieter seiner Pflicht aus § 560 III BGB nachgekommen ist, die Betriebskostenpauschale bei einer Ermäßigung der Betriebskosten entsprechend herabzusetzen. Dabei sind **Ermäßigungen einzelner Betriebskosten nicht relevant, wenn sie durch Erhöhungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden** (Schmidt-Futterer, § 560 Rn 40).“ (BGH aa)

- II. Allerdings wird im **mietrechtlichen Schrifttum** teilweise angenommen, dass dem Mieter ein solcher **Auskunftsanspruch nach Ablauf eines jeden Jahres** zustehe, ohne dass es der Darlegung besonderer Anhaltspunkte für eine Ermäßigung der von der Pauschale erfassten Betriebskosten bedürfe, da sich erfahrungsgemäß die Höhe der Gesamtbelastung von Jahr zu Jahr ändere.

MüKo-BGB/Schmid, § 560 Rn 26; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 560 Rn 18; Stornel, MietR aktuell, 4. Aufl., Rn IV 430; Eischschmid/Wall/Rips, Rn 2414a

Dem kann nach BGH aaO in dieser Weite nicht gefolgt werden.

„Nach zutreffender Auffassung besteht der Auskunftsanspruch nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die von der Pauschale erfassten Betriebskosten insgesamt ermäßigt haben (Schmidt-Futterer, § 560 Rn 124; Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2011, § 560 Rn 44; Kinne/Schach/Bieber, Miet- u. MietprozessR, 6. Aufl., § 560 Rn 64). Denn **nach dem Sinn und Zweck der vereinbarten Pauschale ist der Vermieter grds. nicht zur Abrechnung verpflichtet.**

Die gem. §§ 556 II, 560 BGB – vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften – zulässige Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale **erspart dem Vermieter die genaue Abrechnung der Betriebskosten und entlastet ihn** damit **von dem ansonsten jährlich anfallenden Arbeitsaufwand**. **Stünde dem Mieter demgegenüber – jährlich – ohne Weiteres ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der anfallenden Betriebskosten zu, würde diese Arbeitserleichterung für den Vermieter entfallen**, während der Mieter den mit der Pauschale verbundenen Vorteil behielte, zumindest vorerst von einem auch zukünftig gleichbleibenden, festen Betrag der Betriebskosten ausgehen zu können (Schmidt-Futterer, § 556 Rn 24). Eine solche Unausgewogenheit **widerspräche dem Sinn und Zweck der vereinbarten, im beiderseitigen Interesse liegenden Pauschale**. Deshalb kann dem Mieter ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Nebenkosten nur dann zustehen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine – nachträgliche – Ermäßigung der Betriebskosten ohne Kompensation in anderen Bereichen bestehen.“ (BGH aaO)

BDSG
§§ 43, 44

unbefugte personenbezogene Datenerhebung verdeckte Verwendung eines GPS-Senders

BDSG

(LG Lüneburg in NSTZ 2012, 55; Beschluss vom 28.03.2011 – 26 Qs 45/11)

Die **verdeckte Anbringung eines GPS-Senders** an einem fremden Kfz (hier: durch eine Detektei) **zur Erstellung eines Bewegungsprofils** kann eine **Straftat nach §§ 44 I, 43 II Nr. 1 BDSG** darstellen.

- I. Sog. **GPS-Daten** sind **personenbezogene Daten i.S. des § 3 I BDSG**.

„Durch Auswertung der von GPS-Satelliten abgestrahlten und von entsprechenden Empfangsgeräten aufgezeichneten Daten ist jederzeit feststellbar, zu welchem Zeitpunkt sich das Empfangsgerät an welchem Ort befunden hat. So ist es möglich, ein vollständiges **Bewegungsprofil des Empfangsgeräts** zu erstellen. Zwar hat dieses zunächst einen **nur mittelbaren Personenbezug**. Dieser wird jedoch vollständig dadurch hergestellt, dass das Empfangsgerät an das Fahrzeug einer konkreten „Zielperson“ angebracht wird, dieser Person somit zumindest zugeordnet werden kann. Die vollständige Überwachung der Fahrzeugbewegungen und somit auch des Fahrzeugführers sind auch das erklärte Ziel des Besch. Dieser wirbt in seinem Flyer mit folgenden Angaben:

„Das System ermöglicht eine diskrete Beobachtung/Observierung von Fahrzeugen....Ein Fahrzeug kann auch bei dichtem Straßenverkehr u. vor allem in der Nacht unbemerkt verfolgt werden. ... Am Ende steht eine lückenlose Dokumentation mit Ausdruck der Fahrtroute ...“ (LG Lüneburg aaO)

- II. Auch am **Personenbezug** bestehen keine Zweifel.

„So soll das Verfahren u. a. der Feststellung von Arbeitgebern in Unterhaltssachen sowie beim Verdacht auf Missbrauch einer Krankenschreibung zum Einsatz kommen. Die **Ermittlung der Aufenthaltsorte des Fahrzeugs dient** somit zweifelsfrei der **Überwachung konkreter, einzelner Personen**. Auch vorliegend [wurde] die Überwachung mit dem Ziel einer nachvollziehbaren Aufenthaltsbestimmung des Betroffenen geführt.“ (LG Lüneburg aaO)

- III. Es erfolgt auch eine **Verarbeitung der Daten i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG**.

„Gem. § 3 IV BDSG fällt unter den Begriff des „Verarbeitens“ insbes. das **Speichern personenbezogener Daten**. Der Besch. wirbt in seinem Flyer insbes. damit, dass das System über eine sog. **Blackbox** verfüge, mit deren Hilfe die Daten gespeichert, ausgewertet und abgerufen werden können. Dass dies auch im konkreten Fall so gehandhabt wurde, folgt aus den sichergestellten Daten, die mehrere sog. **Bewegungsprofile des Betroffenen** enthalten.“ (LG Lüneburg aaO)

- IV. Darüber hinaus sind die **Daten „unbefugt“ i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG verarbeitet** worden.

„Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat, § 4 I BDSG.

Dass bei dieser Fallkonstellation eine Einwilligung des Betroffenen als Rechtfertigungsgrundlage fern liegend ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Eine mögliche Zulässigkeit der Datenspeicherung gem. § 32 I 2 BDSG kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil weder zwischen Besch. und Betroffenen noch zwischen dem Auftraggeber des Besch. und dem Betroffenen aktuell ein Arbeitsverhältnis besteht.

Eine weitere mögliche gesetzliche Rechtfertigung könnte sich zwar aus § 29 I BDSG ergeben, der die **geschäftsmäßige Datenspeicherung zum Zwecke der Übermittlung unter bestimmten Voraussetzungen zulässt**. Eine datenschutzrechtliche Rechtfertigung aus dieser Vorschrift heraus scheitert jedoch bereits daran, dass Grund zur Annahme besteht, dass der **Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung** hat. Das schutzwürdige Interesse ergibt sich

vorliegend bereits aus dem verfassungsrechtlich garantierten **Persönlichkeitsrecht** des Betroffenen in Gestalt des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** (vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419). Es gewährt dem Betroffenen **weitgehende Rechte über die Verwendung seiner persönlichen Daten**, insbes. im sog. **Kernbereich privater Lebensführung** selbst über das Schicksal personenbezogener Daten zu entscheiden und so „Herr“ dieser Daten zu bleiben. Hierzu gehört auch die Frage, ob und mit welchem Ziel ein Fahrzeugführer sein Kraftfahrzeug bewegt. Zu dieser Frage hat das BVerfG zuletzt in seiner Entscheidung zur automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen eindeutig Stellung dahingehend bezogen, dass **auch staatlichen Stellen ein (verdachtsunabhängiger) Eingriff in diesen Kernbereich privater Lebensführung untersagt** ist (vgl. BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505). Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** ist jedoch nicht nur als klassisches Abwehrrecht des Bürgers gegenüber staatlichen Stellen zu verstehen, sondern **entfaltet auch Wirkung zwischen Privaten**, soweit in wesentliche Teile der Lebensgestaltung eines Betroffenen oder seine Persönlichkeit – so wie vorliegend – eingegriffen wird (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl., § 1 Rn 13 m. w. Nachw.).

Zwar ist auch das berechnete Interesse der verantwortlichen Stelle in die Abwägung einzubeziehen (vgl. Gola/Schomerus, § 29 Rn 10). Dieses **Interesse** in Gestalt der **Gewinnerzielungsabsicht** des Besch. durch das geschäftsmäßige Speichern und Auswerten persönlicher Daten Dritter zum Zwecke der Übermittlung an den jeweiligen Auftraggeber **muss** nach Auffassung der Kammer jedoch **gegenüber dem Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung im Kernbereich privater Lebensführung zurückstehen**.

Die Datenspeicherung [erfolgte] daher mangels Rechtfertigung „unbefugt“ i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG.“ (LG Lüneburg aaO)

ESTG
§ 8 II 1

Private Nutzung eines Dienstwagens Anwendbarkeit der 1 %-Regelung

SteuerR

(BFH in DB 2012, 28 = DStR 2012, 29; Urteil vom 06.10.2011 – VI R 56/10)

Die **Anwendung der 1 %-Regelung** setzt voraus, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer tatsächlich einen **Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen** hat (Anschluss an BFHE 229, 228 = DStR 2010, 1568). Allein die Gestattung der **Nutzung eines betrieblichen Fahrzeugs für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte begründet** jedoch noch **keine Überlassung zur privaten Nutzung** i. S. des § 8 II 2 EStG.

- I. Nach der **neueren Rspr. des Senats** streitet der Anscheinsbeweis lediglich dafür, dass ein vom Arbeitgeber zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen auch tatsächlich privat genutzt wird.

Der **Anscheinsbeweis streitet** aber **weder dafür, dass dem Arbeitnehmer überhaupt ein Dienstwagen** aus dem vom Arbeitgeber vorgehaltenen Fuhrpark **privat zur Verfügung steht, noch dafür, dass er einen solchen auch privat nutzen darf**.

„Denn nach der **allgemeinen Lebenserfahrung** ist zwar typischerweise davon auszugehen, dass ein dem Arbeitnehmer auch zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen von ihm tatsächlich auch privat genutzt wird. Weiter reicht dieser allgemeine Erfahrungssatz aber nicht (BFHE 229, 228 = DStR 2010, 1568).“ (BFH aaO)

- II. Allein die **Nutzung eines betrieblichen Fahrzeugs für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte begründet** indessen noch **keine Überlassung zur privaten Nutzung** i. S. des § 8 II 2 EStG, die zur Anwendung der 1 %-Regelung führt.

„Der Gesetzgeber hat diese **Fahrten** in § 9 I 3 Nr. 4 EStG und § 4 V 1 Nr. 6 EStG vielmehr **der Erwerbssphäre zugeordnet** (BFHE 231, 127 = DStR 2010, 2623) und den multikausalen und den multifinalen Wirkungszusammenhängen, die nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr. auch für diesen Lebenssachverhalt im Schnittbereich zwischen beruflicher und privater Sphäre kennzeichnend sind (vgl. BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfGE 122, 210 = DStR 2008, 2460), einfachgesetzlich durch einen **beschränkten Werbungskostenabzug** Rechnung getragen.“ (BFH aaO)

BGB
§§ 241 II, 626 I

Arbeitszeitbetrug fristlose Kündigung

BGB

(BAG in DB 2012, 240; Beschluss vom 09.06.2011 – 2 AZR 381/11)

Der **vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers** gegen seine Verpflichtung, die **abgeleistete Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren**, ist an sich **geeignet, einen wichtigen Grund i. S. von § 626 I BGB darzustellen**, denn der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine ihm gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 II BGB).

„Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf **den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch** (BAG NZA 2006, 484 = NJW 2006, 1545; BAG NZA 2000, 27). Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit der am Gleitzeitmodell teilnehmenden Arbeitnehmer vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich und vorsätzlich falsch aus, so stellt dies in aller Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar (BAGE 114, 264 = NZA 2005, 991). Nicht anders zu bewerten ist es, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, die geleistete Arbeitszeit mit Hilfe des Arbeitsplatzrechners in einer elektronischen Zeiterfassung zu dokumentieren, und er hierbei vorsätzlich falsche Angaben macht. Der **Arbeitnehmer verletzt damit** in erheblicher Weise seine ihm **gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme** (§ 241 II BGB).“ (BAG aaO)