

## SOH-NEWS NR.5

### Essen

Dr. Jochen Schmidt

Dr. Emil Huber

Dr. Bernd Klein LL.M.

Prof. Dr. Franz-Josef Dahm

Dr. Carl Otto Stucke

Dr. Christiane Wilkening

Dr. Till Wegmann

Dr. Almut Gathmann M.A.

Dr. Regine Cramer

Dr. Notker Lützenrath LL.M.

Dr. Rainer Burghardt

Dr. Ulf Rademacher

Dr. Stefan Bäune

Dr. Lars Kolks

Dr. Daniel Fischer

Dr. Cay Fürsen

Dr. Roland Flasbarth

Dr. Britta Bultmann

### Berlin

Dr. Jürgen Habich

Dr. Birgit Heinzinger

Dr. Burkhard Menke

*SCHMIDT, VON DER OSTEN & HUBER*



**Liebe Leserinnen und Leser,**

Essen, im Dezember 2009

für einen Rückblick auf 2009 ist es noch zu früh und ein Ausblick auf 2010 fällt erst recht schwer. Dazu ist das Bild zu gemischt. Und so wird es vermutlich auch bleiben, d.h., dass weder die Berufsoptimisten („das Größte ist geschafft“) noch die Bedenkenräger („2010 wird schlimm“) Recht bekommen werden. Eindeutigkeiten sind schon deswegen ausgeschlossen, weil die öffentlichen Hände nach Bedarf ihr Füllhorn ausschütten. Gleichwohl gilt: Diejenigen, die ständig an ihrer Leistung und an ihrem Produkt gefeilt und immer mit Bedacht gewirtschaftet haben, werden wohl einigermaßen durchkommen, die Anderen werden teilweise zu schmerzlichen Einschnitten gezwungen werden. Wir bei SOH hoffen, mit unserer auf möglicher Fehlervermeidung basierenden Politik endlich auch einmal Bestätigung denjenigen gegenüber zu finden, die immer dem Ziel der absoluten Größe alles Andere untergeordnet und unsere konservative Vorsicht mitunter belächelt haben. Unsere Teams „stehen“ jedenfalls, wir haben keine Fluktuation und wir müssen auch keine Entlassungen vornehmen – im Gegenteil (siehe Seite 10).

Geradezu fröhlich wird es in unserem Haus jedes Mal, wenn vom nächsten Jahr als Kulturhauptstadtjahr die Rede ist: Die Zusammenarbeit mit der RUHR.2010 GmbH hat uns viele Anre-

gungen gegeben und Einiges an Vorfreude geweckt (siehe Seite 4). Bis Ende 2010 werden wir das Gelingen des Projekts „Kulturhauptstadt Europas 2010“ noch unterstützen. Für einen Mittelständler wie uns ist das ein Kraftakt – und keineswegs nur „Marketing“, sondern auch „Pflichtgefühl“: Wir glauben nämlich, dass man die eigenen Möglichkeiten, bei der Imageverbesserung für Essen und das Ruhrgebiet mitzuwirken, nicht ungenutzt verstreichen lassen darf: Chancen muss man bekanntlich nutzen – auch das gehört zur Fehlervermeidung.

Jetzt freuen wir uns auf die feierliche Eröffnungsveranstaltung zum Kulturhauptstadtjahr am 9./10. Januar 2010 mit dem Bundespräsidenten auf dem Gelände des Weltkulturerbes Zollverein und das danach startende kulturelle Ganzjahresprogramm. Ein Höhepunkt wird das Projekt „Still-Leben“ am 18. Juli 2010 sein: Auf der zwischen Dortmund und Duisburg stillgelegten Autobahn A 40 wird ein „multi-kulturelles Fest“ stattfinden. Alle sind schon jetzt gespannt, wie das werden wird. Wir hoffen, auch Sie dort zu sehen!

Für den Rest des Jahres wünschen wir Ihnen viel Erfolg! Sollten wir uns nicht mehr sprechen, wünschen wir Ihnen auf diesem Wege ein gesegnetes Weihnachtsfest und danach einen guten Rutsch!

Ihre

*Dr. Jochen Schmidt*

*Dr. Emil Huber*

*Dr. Till Wegmann*

## Neuigkeiten aus dem SOH-Bereich Gesundheitswesen



**Prof. Dr. Dahm**

Anlässlich der Herbsttagung 2009 der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein (DAV) in Dresden ist Prof. Dr. Dahm erneut in den Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV gewählt worden. Ferner hat der Vorstand der Rechtsanwaltskammer Hamm Prof. Dr. Dahm für weitere vier Jahre in seinem Amt als Vorsitzender des Fachausschusses Medizinrecht bestätigt.



**Dr. Flasbarth**

Dr. Roland Flasbarth hat ab dem Jahr 2010 einen Lehrauftrag an der Westfälischen-Wilhelms-Universität in Münster im Rahmen des Studiengangs LL.M. Medizinrecht erhalten. SOH sieht darin eine besondere Auszeichnung für die wissenschaftliche Ausrichtung der Kanzlei, die unseren Mandanten bei der praktischen Rechtsanwendung unmittelbar zu Gute kommt. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang auch die Aufsätze von Dr. Roland Flasbarth zur „Vertriebsbeschränkung im Hilfsmittelsektor – Inhalt und Grenze des § 128 SBG V als Marktordnungsregelung“ und von Prof. Dr. Dahm zu „Besonderen Problemen bei Schieds-(Gerichts-)verfahren“.



**Dr. Bäune**

Dr. Stefan Bäune hat sich u. a. mit einem viel beachteten Vortrag auf dem jährlich stattfindenden MedCongress in Baden-Baden zum Thema „Regelleistungsvolumina“ Aufmerksamkeit verschafft und auf der Jahrestagung der Nephrologen in Göttingen einen Vortrag zu „Neuen Versorgungsstrukturen“ gehalten.



**Dr. Cramer**

Der Name von Frau Dr. Regine Cramer, die sich mit dem Arzthaftungsrecht in einem für Versicherungen, Krankenhäuser und Ärzte bedeutsamen Bereich einen hervorragenden Ruf erworben hat, stand auch in 2009 für zahlreiche Veröffentlichungen sowie die hilfreiche Mitarbeit in der Arbeitsgruppe „Arzthaftungsrecht“ der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein.

# „Wo das geht, geht alles“ – mit diesem Motto wirbt die Kulturhauptstadt Europas 2010 für sich: Wir meinen zu Recht.

Offizieller Rechtsberater von



Dr. Bultmann

Seit über einem Jahr sind wir nun schon als **Offizieller Rechtsberater der RUHR.2010 GmbH** tätig. Insgesamt sind fünf SOH-Anwälte mit „kulturellen Rechtsfragen“ beschäftigt, wie z.B.:  
Wie sperrt man – ohne verkehrlichen Anlass – eine Autobahn, um dort ein multi-kulturelles „Still-Leben“ in's Werk zu setzen?



Dr. Fischer

Wir haben manches zunächst selbst auch nicht gewusst, denn nachlesen lässt sich das so nirgends. Für ein Projekt „Kulturhauptstadt“ gibt es keine Blaupausen. Es war also Kreativität erforderlich und auch manche Analogie zu strapazieren, um die Kulturhauptstadt rechtlich an's Laufen zu bringen – zu Wasser, zu Lande und in der Luft:

Also z.B. vom Wasser der Emscher, der Ruhr mit dem Balde-neysee (auf denen künstliche „Inseln“ entstehen) über das Land der A 40 mit seinem „Still-Leben“ bis hin zu den „SchachtZeichen“ in der Luft, die durch große Fesselballons den Verlauf ehemaliger Bergwerksschächte oberirdisch sichtbar machen.

Auf vertrautem Boden waren wir bei Fragen des Merchandising und Lizenzwesens, z.B. bei der Einrichtung des Online-shops der Kulturhauptstadt [www.ruhr2010-shop.de](http://www.ruhr2010-shop.de) und bei der Vertragsgestaltung für das Kinderbuch zum Kulturhauptstadtjahr „Ritter Rost“ sowie bei der Organisation diverser Projekte („RuhrKunstMuseen“, „Mapping the Region“, „Collection Tours“ u.a.m.).

Aber Patentrezepte gab es auch hier nicht: Manchmal war eine Vielzahl von interessanten, aber – vom Fördervolumen her betrachtet – eher kleinen Projekten rechtlich mit nur einem einzigen Vertragsmuster „unter einen Hut zu bringen“.



*Dr. h.c. Fritz Pleitgen (Vorsitzender der Geschäftsführung der RUHR.2010 GmbH) und Dr. Emil Huber mit unserem neuen „Dienstschild“.*

So z.B. bei dem „TWINS“-Projekt, bei dem Veranstalter aus den Ruhrgebietskommunen und ihren europäischen Partnerstädten mehr als 100 Projekte zu den Leitthemen „Urbanität“, „Identität“ und „Integration“ auf die Beine stellen. Bei großen Einzelvorhaben wie beispielsweise dem „Ruhr-Atoll“ auf dem Baldeneysee in Essen mussten wir hingegen deutlich tiefer in die Eigenheiten des Einzel-Projektes einsteigen.

Ausgeprägter Auseinandersetzung mit der Materie bedurfte es auch bei allen Sponsoring-Fragen: Sponsoring ist heute nicht nur in Form von Geld-, sondern durchaus und gerade auch in Form von Sachleistungen anzutreffen. Das brachte es bei den Arbeiten für die RUHR.2010 GmbH natürlich mit sich, dass die „Sponsoringverträge“ regelmäßig nicht nur einen simplen Austausch von Geld gegen (kommunikative) Gegenleistungen vorsehen, sondern auch ein breites Spektrum an Sponsoringleistungen aufführen mussten, die – bei aller „Farbenpracht“ – doch auch in nüchternes Juristendeutsch zu fassen und vertraglich präzise zu ordnen waren.

Bisher hat alles großen Spaß gemacht und wir freuen uns auf das Kulturhauptstadtjahr, in dem wir die RUHR.2010 GmbH auch weiterhin bis zu dessen Ausklang betreuen werden.

## Werkstattbericht über die Gründung einer Societas Europaea (SE)



Dr. Burghardt

**In einer neueren Seminarankündigung wird die SE als „jüngste Entdeckung des Mittelstandes“ gefeiert. Sie sei ideale Plattform für Akquisitionen, zur Begrenzung der Mitbestimmung, zum Einstieg in den Kapitalmarkt und werde der deutschen AG vielleicht gar den Rang ablaufen. SOH als Berater der mittelständischen Wirtschaft**

**wird zunehmend von Unternehmern nach den Vorteilen der SE befragt. In vielen Fällen raten wir zur Zurückhaltung: Generell würden wir die SE nur demjenigen Mittelständler empfehlen, dem wir auch zu einer AG-Gründung raten würden. Allerdings kann die SE als Spitze eines Konzerns sinnvoll sein. Nachstehend möchten wir Ihnen einige Impressionen aus einem konkreten SE-Projekt vorstellen:**

Lenze in Hameln ist ein innovatives und weltweit agierendes Unternehmen der Antriebstechnik. Das Familienunternehmen war ursprünglich als Gruppe von Personengesellschaften organisiert und wurde mit Hilfe von SOH vor einigen Jahren – unter Führung der Lenze AG – in einen AG-Konzern übergeleitet. Wir haben mit dem Vorstand erstmals Ende 2007 über die SE gesprochen. Vorweg: Der Leitgedanke der SE war in diesem Fall niemals, das „Ende der Mitbestimmung“ einzuläuten. Dies wird schon dadurch belegt, dass die Lenze AG in Deutschland weniger als 2.000 Mitarbeiter beschäftigt, sich seit Gründung aber –

freiwillig – ständig zwei Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Holding befanden. Diese Idee der Beteiligung sollte bestehen bleiben.

Das Leitthema der SE war in diesem Fall vielmehr ihre Flexibilität. Als europäische Rechtsform ist sie nicht mehr an Grenzen gebunden (Stichwort: steuerneutrale grenzüberschreitende Sitzverlegung in der EU). Das passt zu einer Unternehmensgruppe, die sich als Teilnehmer eines globalen Marktes sieht, der Vorteile bietet – aber im Gegenzug rigoros Effizienz und Flexibilität einfordert. In diesem Kontext hat auch die Mitbestimmung ihren Platz – allerdings nicht in den starren Formen des deutschen MitbestG und des DrittelBG, sondern in der Form einer flexiblen Verhandlungslösung. Das MitbestG fordert beispielsweise als Mindestbesetzung einen 12köpfigen Aufsichtsrat. Dieser übergroße Aufsichtsrat ist aber – wie manche sagen – ein Rat, der in guten Zeiten oft nutzlos und in schlechten Zeiten oft ratlos ist. In der SE kann auch der mitbestimmte Aufsichtsrat auf drei oder sechs Mitglieder – also auf ein arbeitsfähiges Maß – beschränkt werden. Nach umfangreichen Vorgesprächen hat sich Lenze entschieden, die Holding-AG formwechselnd in eine SE umzuwandeln. Die Voraussetzung hierfür – nämlich eine Beteiligung an einer EU-Tochtergesellschaft seit mindestens zwei Jahren – war gegeben.

Erster Akt des Gründungsverfahrens war im September 2008, dass der Vorstand die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen in den konzernangehörigen Gesellschaften der EU-Mitgliedsstaaten – in einem komplexen Schreiben mit gesetzlich vorgegebenem Inhalt – informiert. Die Arbeitnehmer sollen aufgrund dessen ein besonderes Verhandlungsgremium (bVG) wählen, das mit dem Vorstand über die Unternehmensmitbestimmung und die

Einrichtung eines SE-Betriebsrats verhandelt. Wie das Wahlverfahren im einzelnen aussieht, bestimmt dabei jeder Mitgliedsstaat nach seinem eigenen Ausführungsrecht.

Was passiert nun praktisch, wenn die Unternehmensleitung die Arbeitnehmer und/oder ihre Vertretungen schlicht anschreibt und wartet? Aller Wahrscheinlichkeit nach nichts, obwohl das Gesetz eine Wahl der Mitglieder des bVG innerhalb von 10 Wochen verlangt. Was also tun? In unserem Fall wurden zunächst die lokalen Geschäftsleitungen mit den Erfordernissen vertraut gemacht und um Hilfe gebeten. Das steht so nicht im Gesetz, aber nun kam der Prozess in Gang. Er verlief nicht ohne nationale Überraschungen: Es stellte sich z.B. heraus, dass in der österreichischen Tochtergesellschaft kein Betriebsrat gewählt war. Für diesen Fall bestimmt das österreichische Ausführungsrecht, dass kein Mitglied in das bVG entsandt werden darf. Am Sinn einer solchen Regelung darf man zweifeln.

Schließlich waren die Mitglieder des bVG formgerecht bestimmt: Für jeden angefangenen 10 %-Anteil der Beschäftigten in den Mitgliedsstaaten gab es je ein Mitglied. Eine Herausforderung für das mehrsprachige Dolmetscherteam unserer Mandantin! Die deutschen Arbeitnehmervertreter wurden tatkräftig und kompetent durch eine SE-erfahrene Juristin der IG-Metall unterstützt, die eine harte aber faire und zielorientierte Verhandlungsführung sicherstellte. Am Ende der vom Gesetz vorgesehenen sechsmonatigen Verhandlungsdauer stand eine Mitbestimmungsvereinbarung, die – wie bisher – eine Beteiligung von zwei Arbeitnehmervertretern im 6-köpfigen Aufsichtsrat und einen SE-Betriebsrat vorsieht.

Mit der abgeschlossenen Mitbestimmungsvereinbarung konnte nun der Vorstand im Rahmen der ordentlichen Hauptversammlung die Zustimmung zu seinem Umwandlungsplan beantragen.

Nach erteilter Zustimmung der Hauptversammlung wurde der Umwandlungsplan bekannt gemacht und es prüfte ein gerichtlich bestellter Sachverständiger die Werthaltigkeit des Nettovermögens der Gesellschaft im Umfang des zu belegenden Eigenkapitals. Mit diesem Testat konnte die Umwandlung dann zum Handelsregister angemeldet werden, mit dem bereits im Vorfeld eine Arbeitsbeziehung etabliert worden war. Die Eintragung erfolgte nach kurzer Zeit im September 2009 – also gut ein Jahr nach der Aufforderung zur Bildung des bVG. Nach der Eintragung wurde die Wahl des SE-Betriebsrates eingeleitet und es begann die Erprobung des SE-Gesellschaftsrechts in der Praxis. [Exkurs: Im wesentlichen entsprechen die Vorschriften insoweit denen des AktG, aber es gibt Abweichungen im Einzelfall, die jeweils zu beachten sind. Wie das Aktienrecht ist das SE-Recht formstreu – und leider entsprechend beratungsintensiv. Der Gründungsvorgang der SE ist sehr stark arbeitsrechtlich orientiert. Vertiefte Kenntnisse im Betriebsverfassungsrecht ebenso wie im Gesellschafts- und Bilanzrecht sind erforderlich.]



**Dr. Tellbüscher,**  
Vorstandsvorsitzender  
der Lenze SE

**Der Vorstandsvorsitzende der Lenze SE, Dr. Erhard Tellbüscher, hat sich zum Schluss wie folgt geäußert: „Die Leistungen von SOH bei diesem komplexen Umwandlungsvorgang habe ich als hochqualifiziert empfunden. Beeindruckt hat mich dabei nicht nur das kompetente Fachwissen, sondern auch die umsichtige, auf unsere Bedürfnisse ausgerichtete Herangehensweise, die auch die Arbeitnehmerseite überzeugt hat. Kompliment!“**



## RECHT KONKRET

### Einmal kann einmal zu viel sein



Dr. Fürsen

**Unerwünschte Werbe-E-Mails stellen trotz stetig verbesserter Filterprogramme für Verbraucher und Unternehmen ein großes Ärgernis dar. Lange war streitig, ob bereits die einmalige Zusendung unverlangter E-Mail-Werbung rechtswidrig ist. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage nun bejaht.**

Klägerin war eine Anwaltskanzlei, die einen von ihr nicht bestellten Newsletter mit Kapitalanlageinformationen erhalten hatte. Auf die Abmahnung der Klägerin sicherte die den Newsletter versendende GmbH zwar zu, künftig von einer weiteren Zusendung des Newsletters abzusehen, verweigerte jedoch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Dies genügte der Anwaltskanzlei nicht. Es kam zur gerichtlichen Auseinandersetzung, die nunmehr dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorlag. Die Bundesrichter gaben der Anwaltskanzlei Recht. Bereits die Zusendung einer einzigen Werbe-E-Mail könne einen Unterlassungsanspruch des Adressaten gegenüber dem Versender begründen.

Mit ihrem Urteil vom 20.05.2009 zogen die Karlsruher Richter einen Schlussstrich unter diese bislang umstrittene Frage. Unverlangt zugesandte Werbe-E-Mails beeinträchtigten regelmäßig den Betriebsablauf eines Unternehmens in rechtswidriger Weise, sagt der BGH. Mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener Werbe-E-Mails sei nämlich ein zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden. Da solche E-Mails günstig, schnell und durch Automatisierung arbeitssparend verschickt werden könnten, sei mit der Versendung einer Vielzahl solcher E-Mails durch verschiedene Absender zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner Werbe-E-Mails ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zulässig wäre. Der Gefahr des weiteren Umsichgreifens dieser Werbeart müsse daher begegnet und die gesetzgeberische Wertung bei der Versendung von E-Mails an Verbraucher zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch hier herangezogen werden.

Alle Werbenden sollten dieses Urteil zum Anlass nehmen, vor Versendung von E-Mail-Werbung noch strenger auf das Vorliegen einer ausdrücklichen und vorherigen Einwilligung des Adressaten zu achten. Um sicherzustellen, dass die generierte E-Mail-Adresse nebst Einwilligung auch tatsächlich vom Adressaten und nicht einem Dritten angegeben wurde, hat sich das „Double-Opt-In-Verfahren“ durchgesetzt. Beim „Double-Opt-In-Verfahren“ erhält der Interessent nach Anmeldung bei einem Newsletter eine neutral gestaltete Begrüßungsnachricht mit der Aufforderung, einen Link anzuklicken. Erst durch die Bestätigung dieser Begrüßungs-E-Mail wird der Empfang elektronischer Post aktiviert. Dieses Verfahren wird von der Rechtsprechung inzwischen als ausreichend anerkannt.



## „Urlaub ohne Ende“



Dr. Wegmann



Dr. Kolks

Schon in der Vergangenheit war der eine oder andere Arbeitgeber unangenehm überrascht, als er erfuhr, dass kranke Arbeitnehmer – selbst solche, die über längere Zeit erkrankt waren –

gleichwohl auch für die Krankheitszeiten anteilige Urlaubsansprüche hatten. Selbst ein Arbeitnehmer, der innerhalb eines Kalenderjahres dauerhaft erkrankt war, behielt grundsätzlich den vollen Urlaubsanspruch für das betreffende Jahr und konnte den Urlaub im Übertragungszeitraum – gesetzlich bis zum 31.03. des Folgejahres, wobei Tarifverträge teilweise Verlängerungen vorsehen – in vollem Umfang in Anspruch nehmen. Spätestens zum Ende des Übertragungszeitraumes verfiel aber nach der bislang in Deutschland geltenden Rechtsprechung auch der krankheitsbedingt nicht in Anspruch genommene Urlaub, so dass jedenfalls dann nur noch der Urlaubsanspruch des laufenden Jahres zu bedienen war, wenn der Arbeitnehmer an den Arbeitsplatz zurückkehrte.

Auf Vorlage des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf hat der Europäische Gerichtshof in einer Entscheidung vom 20.01.2009 aber befunden, dass krankheitsbedingt nicht in Anspruch genommener Jahresurlaub nicht verfällt, sondern sogar Arbeitnehmer, die bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses dauerhaft erkrankt blieben, aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Urlaubsabgeltung für den gesamten Resturlaub fordern können.

Diese Rechtsprechung wurde zwischenzeitlich – dem Vernehmen nach durchaus zähneknirschend – durch das Bundesarbeitsgericht in das deutsche Recht übertragen.

### Welche Auswirkungen diese Rechtsprechung auf deutsche Arbeitsverhältnisse hat, sei kurz erklärt:

Ist ein Arbeitnehmer auf Grund seiner Krankheit verhindert, seinen Urlaub bis zum 31.03. des Folgejahres zu nehmen, verfällt der Urlaub nicht. Im neuen Kalenderjahr wird dieser Alt-Urlaub vielmehr dem Urlaubsanspruch für das neue Kalenderjahr hinzugerechnet. Dies gilt auch dann, wenn die Krankheit über mehrere Jahre fortbesteht, mit der Folge, dass sich der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers für diese Jahre addiert. Der Arbeitgeber hat nach der Gesundung des Arbeitnehmers den gesamten während der Krankheit „aufgebauten“ Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers zu erfüllen; dies kann zu einer Urlaubszeit von mehreren Monaten führen. Kehrt der Arbeitnehmer aus der Krankheit nicht zurück, ist der nicht erfüllte Urlaubsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwingend in Geld abzugelten, was mehrere Monatsgehälter ausmachen kann.

Diese Folgen können durch die Gestaltung des Arbeits- und Tarifvertrages gelindert werden: Das Bundesarbeitsgericht hält eine arbeitsvertragliche oder tarifvertragliche Regelung, die den Verfall des Urlaubs auch bei Krankheit anordnet, für zulässig, soweit diese Regelung sich auf den Urlaubsanspruch beschränkt, der den gesetzlichen Mindestjahresurlaubsanspruch von vier Wochen übersteigt. Es ist demnach dringend zu empfehlen, im Arbeitsvertrag ausdrücklich zwischen dem gesetzlichen (bei Krankheit unverfallbaren) und dem über vier Wochen hinausgehenden

Urlaubsanspruch zu differenzieren. So kann für den Urlaub, der vier Wochen übersteigt, eine Regelung getroffen werden, die den Verfall bei Nichtinanspruchnahme wegen Krankheit in zulässiger Weise anordnet. Damit wird das Risiko der Urlaubsanspruchskumulation auf den gesetzlichen Urlaubsanspruch reduziert. Ob man die Anwendung der neuen Rechtsprechung, wonach der Urlaub bei Nichtgewährung wegen Krankheit nicht verfällt, auch dann nur auf den gesetzlichen Mindesturlaub beschränken kann, wenn der Arbeits- bzw. Tarifvertrag eine Trennung zwischen gesetzlichem und vertraglichem Urlaub nicht ausdrücklich vornimmt, ist noch nicht geklärt, aber zu bezweifeln.

Wichtig: Derzeit versuchen Arbeitnehmer vermehrt, bei einer lang andauernden Arbeitsunfähigkeit sich bei noch bestehendem Arbeitsverhältnis den Urlaub früherer Jahre auszahlen zu lassen. Ein solcher Anspruch besteht auch nach der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht; vielmehr kann ein Urlaubsabgeltungsanspruch immer erst bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Tragen kommen.

Perspektivisch wird die neue Rechtsprechung allerdings eher zum Nachteil der Arbeitnehmer sein können: Führt man sich nämlich vor Augen, dass nunmehr mit einem Mal Arbeitgeber, die bei teilweise mehrjährigen Erkrankungen von Arbeitnehmern untätig geblieben sind, weil die Langzeiterkrankung sie finanziell nicht belastete, Rückstellungen für unerfüllte Urlaubsansprüche bilden müssen und sich dann bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erheblichen Urlaubsabgeltungsforderungen ausgesetzt sehen, kann dies zu einer sprunghaften Zunahme krankheitsbedingter Kündigungen

führen. Selbst die Zahlung überschaubarer Abfindungen in derartigen Kündigungsschutzverfahren rechnet sich nämlich schnell angesichts des andernfalls eintretenden Risikos wesentlicher höherer Urlaubsabgeltungsansprüche.

§

## Willkommen bei SOH



Dr. Rempik

Dr. Alexander Rempik ist seit dem 1.8.2009 bei uns.

Vor dem Wechsel zu SOH war er als Rechtsanwalt und Steuerberater in der steuerrechtlichen Abteilung einer amerikanischen Großkanzlei tätig. Dort hat er bei namhaften grenzüberschreitenden M&A-Transaktionen und Unternehmensumstrukturierungen mitgewirkt, die auch in den Medien Interesse gefunden haben, außerdem im Steuerstrafrecht und der Steuergestaltung für vermögende Privatpersonen und mittelständische Unternehmen.

Mit seiner Expertise bringt er eine Verstärkung für diesen Bereich bei SOH. Alexander Rempik stellt sich hier mit einem kurzen Beitrag aus dem Steuerrecht vor.

## Steuerrechtliche Maßnahmen im Koalitionsvertrag – „Mühsam nährt sich das Eichhörnchen“

**Wie jede neue Bundesregierung möchten auch die aktuellen Koalitionäre ausweislich der Ausführungen im Koalitionsvertrag in jedem Fall für die Steuerzahler eine Steuervereinfachung und eine steuerliche Entlastung, insbesondere vor dem Hintergrund der schwachen konjunkturellen Lage, erreichen. Die Koalition hat dazu teils konkrete und teils aber auch sehr abstrakte Punkte in ihren Koalitionsvertrag aufgenommen. Dies erfolgte natürlich nicht ohne den – etwas versteckten – Hinweis, dass alle Maßnahmen des Koalitionsvertrags unter einem Finanzierungsvorbehalt stehen. Einige dieser Maßnahmen sollen im Folgenden kurz angesprochen werden.**

Für Unternehmen wichtig und allgemein begrüßenswert ist, dass bereits zum 1.1.2010 einige Elemente der Unternehmenssteuerreform 2008, die nunmehr auch vom Steuergesetzgeber als krisenverschärfend identifiziert wurden, wieder umgestaltet werden sollen. Das neue Kabinett hat dazu bereits ganz aktuell am 09.11.2009 einen Gesetzesentwurf für ein Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) beschlossen.

Geändert werden sollen damit unter anderem die Regelungen zum Untergang von Verlustvorträgen bei Anteilsignerwechsel (sog. Mantelkaufregelung) und der sog. Zinsschranke. Für beide Regelungen sollen jeweils die zeitlichen Beschränkungen bis

31.12.2009 für die bereits in 2009 eingeführten Verbesserungen aufgehoben werden, so dass zum einen die neue Sanierungsklausel für den Erhalt von Verlustvorträgen bei Sanierungen und zum anderen die erhöhte Freigrenze von € 3 Mio. bei der Zinsschranke ihre Gültigkeit auch über das Jahresende 2009 hinaus behalten sollen. Darüber hinaus wird wohl bei konzerninternen Umstrukturierungen in Zukunft auch wieder ein Verlustübergang möglich sein. Bei der Zinsschranke soll außerdem der Zinsabzug für die Unternehmen auch bei Konjunkturschwankungen durch einen rückwirkend ab dem Jahr 2007 eingeführten „Gewinnvortrag“ verstetigt werden.

Ein großer Schritt nach vorn könnte die im vorliegenden Gesetzesentwurf bereits vorgesehene grunderwerbsteuerliche Konzernklausel werden, wonach eine Umstrukturierung von Unternehmen mit Grundbesitz vereinfacht werden soll. Eine solche, von der Praxis schon seit Langem geforderte Vorschrift, wonach Grundstücks- oder Anteilsübertragungen im Rahmen bestimmter betrieblicher Umstrukturierungen von der Grunderwerbsteuer ausgenommen würden, solange sich die mittelbaren Beteiligungsverhältnisse nicht verändern, wäre eine enorme Erleichterung für Unternehmensumstrukturierungen. Betriebswirtschaftlich sinnvolle Organisationsänderungen scheiterten in der Vergangenheit häufig an der Hürde der hohen Grunderwerbsteuer, die durch die Umstrukturierung ausgelöst worden wäre.

Interessant für den Holdingstandort Deutschland ist auch, dass die Regelungen zur Verlustverrechnung in verbundenen Unternehmen reformiert werden sollen, auch wenn hierzu noch keine konkreten Regelungen im vorliegenden Gesetzesentwurf enthalten sind. Die bisherige Organschaft, die im internationalen

Vergleich immer ein wenig ein deutscher Sonderweg war, soll in Zukunft durch ein Gruppensteuersystem ersetzt werden. Ein Ansatz, den Österreich beispielsweise bereits vor Jahren umgesetzt hat.

Die Erbschaftsteuer soll vor allem „entbürokratisiert“, „planungssicherer und mittelstandsfreundlicher“ gestaltet werden. Im aktuellen Gesetzesentwurf der Regierung vorgesehen ist, die Zeiträume zu verkürzen, innerhalb denen ein Unternehmen weitergeführt werden muss, um die erb- und schenkungsteuerlichen Begünstigungen zu erhalten. Außerdem sollen die erforderlichen Lohnsummen abgesenkt werden. Gerade für Überlegungen im Rahmen der vorgezogenen Erbfolge beispielsweise im Zusammenhang mit Stiftungen ist dies eine äußerst interessante Entwicklung.

Im umsatzsteuerlichen Bereich haben die Koalitionsparteien Handlungsbedarf beispielsweise bei den ermäßigten Mehrwertsteuersätzen ausgemacht. Hier soll eine Kommission eingesetzt werden, die sich u.a. mit dem Katalog der ermäßigten Mehrwertsteuersätzen, insbesondere vor dem Hintergrund der europäischen Wettbewerbssituation bestimmter Branchen, beschäftigen soll.

Ob bei all den konkret und abstrakt angedachten Maßnahmen tatsächlich die erwünschte Steuervereinfachung erreicht werden kann, darf – wie immer – getrost bezweifelt werden. Erfreulich ist daher, dass die mit dem Jahressteuergesetz 2007 eingeführte Gebührenpflicht für verbindliche Auskünfte auf „wesentliche und aufwendige Fälle“ beschränkt werden soll und sich die BMF-Schreiben in Zukunft auf „die Auslegung der Gesetze beschränken“ sollen!

Der steuerliche Beratungsbedarf gerade für Unternehmen wird jedenfalls mit Sicherheit auch in Zukunft aufgrund der Maßnahmen der neuen Bundesregierung nicht geringer werden. Insbesondere bleibt abzuwarten, in welcher Form die angesprochenen Regelungen aus dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung tatsächlich Gesetz werden.

§

## Bleibende Fragen der Erbschaftsteuerreform



Dr. Stucke

**Eine grundlegende Änderung der Erbschaftsteuerreform zum 01.01.2010 erfolgt auch durch die neue Bundesregierung nicht (siehe vorstehenden Beitrag von Dr. Remplik). Beispielhaft soll hier dargestellt werden, welche Auswirkungen die Erbschaftsteuerreform bei der Abfindung von aus der Gesellschaft ausscheidenden Erben haben kann:**

Bei der häufigsten Rechtsform in Deutschland, der GmbH, finden sich oft in den Gesellschaftsverträgen Regelungen, wonach im Erbfall der Erbe nicht Gesellschafter bleiben soll, sondern unter Einziehung des Gesellschaftsanteils oder dessen Zwangsabtretung eine Abfindung erhält.

Liegt der Wert dieser Abfindung, weil der Gesellschaftsvertrag z. B. auf eine Buchwertabfindung oder eine Abfindung nach dem Stuttgarter Verfahren abstellt, unter dem Verkehrswert, richten

sich die Begehrlichkeiten des Fiskus auf dem Differenzwert zwischen Verkehrswert und der tatsächlichen Abfindung. Nach den neuen Bewertungsvorschriften basiert der maßgebliche Steuerwert von Kapitalgesellschaftsanteilen grundsätzlich auf dem Verkehrswert.

### **Kommt es nun zur Einziehung oder Zwangsabtretung, hat dies erbschaftsteuerliche Folgen auf zwei Seiten:**

■ Bei dem durch die Einziehung oder Zwangsabtretung weichen Erben liegt ein steuerpflichtiger Erwerb der geerbten Geschäftsanteile vor; erst in einem zweiten Schritt unterliegen diese dann der Einziehung oder Zwangsabtretung.

Durch den neu eingefügten § 10 Abs. 10 ErbStG ist allerdings für die Fälle, in denen der Geschäftsanteil an einer GmbH aufgrund einer im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bestehenden Regelung im Gesellschaftsvertrag an die Mitgesellschafter abgetreten werden muss oder eingezogen wird, ausdrücklich geregelt, dass nur der Abfindungsanspruch als Gegenstand des Erwerbes von Todes wegen gilt. Diese Sonderregelung gilt für Fälle der Zwangsabtretung an gesellschaftsfremde Dritte oder an die Gesellschaft selbst nicht. Weitere Voraussetzung von § 10 Abs. 10 ErbStG ist, dass die Anteilsübertragung durch den weichen Erben „unverzüglich nach dessen Erwerb“ erfolgt. Da der weichende Erbe seine Beteiligung nicht behält, finden für ihn die neuen sog. Verschonungsregelungen keine Anwendung.

■ Auf der anderen Seite realisiert sich auch beim „Erwerber“ ein steuerpflichtiger Erwerb:

■ Im Falle der Einziehung liegt bei den verbleibenden Gesellschaftern ein steuerlicher Erwerb in Höhe der Differenz zwischen dem steuerlich maßgebenden Wert, also dem Verkehrswert, und der niedrigeren zu leistenden Abfindung vor. Fatal ist aber, dass die sog. Verschonungsregelungen voraussetzen, dass auf die neuen Gesellschafter Anteile an Kapitalgesellschaften übergehen, was im Falle der Einziehung nicht der Fall ist: Eine Verschonung findet daher nicht statt.

■ Im Falle der Zwangsabtretung an die Gesellschaft liegt bei dieser in entsprechender Höhe ein steuerpflichtiger Erwerb vor, wobei die Gesellschaft aber auch bei Vorliegen der Voraussetzungen in den Genuss der Verschonungsregelungen kommen kann.

■ Im Falle der Zwangsabtretung an Mitgesellschafter oder Dritte wird die Sache komplizierter:

Überlässt die gesellschaftsvertragliche Regelung die letztendliche Entscheidung der Gesellschaft – bzw. der Gesellschafterversammlung – ist die Gesellschaft selbst die Erwerblerin und es liegt bei dem anschließend den Anteil erwerbenden neuen Gesellschafter in Höhe der Differenz zwischen dem Verkehrswert zu dem zu leistenden Entgelt an den weichen Erben eine weitere steuerpflichtige Bereicherung vor.

Ist dagegen der Erwerber der Zwangsabtretung bereits gesellschaftsvertraglich vorgegeben, liegt ein Erwerb auch nur bei diesem mit der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Verschonungsregelungen vor.

Das bedeutet: Im Erbfall sind unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten für die gewollte künftige Gesellschafterstellung mit unterschiedlichen erbschaftsteuerlichen Auswirkungen zu beachten.

In neuen oder bestehenden Gesellschaftsverträgen können Instrumentarien vorgesehen werden, die erbschaftsteuerliche Nachteile vermeiden.

---

## §

---

## Gesetzliche Neuregelung zur Patientenverfügung



Dr. Gathmann

**Mit Wirkung zum 01. September 2009 ist die gesetzliche Regelung zur Patientenverfügung in Kraft getreten. Verändert hat sich dadurch nichts, denn das Gesetz schreibt eigentlich nur die auch zuvor gültigen Gepflogenheiten nieder und bestätigt die Rechtslage. Gleichwohl sei hier nochmals kurz auf die wesentlichen Punkte hingewiesen:**

■ Eine Patientenverfügung muss schriftlich niedergelegt sein. (Gesetzlich nicht vorgeschrieben ist eine vorangegangene ärztliche Beratung, obwohl diese dringend anzuraten ist. Auch eine notarielle Beglaubigung hat der Gesetzgeber nicht vorgeschrieben, obwohl diese – gerade auch zu „Beweiszwecken“ – häufig hilfreich ist).

■ Der Patientenwille ist das oberste Gebot. Er ist stets unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung zu beachten. (Eine Tötung auf Verlangen kann aber nicht begehrt werden; insoweit bleibt es bei der bestehenden Rechtslage.)

■ Bestehen Zweifel am tatsächlich vorhandenen Patientenwillen, muss das Vormundschaftsgericht die beabsichtigten Maßnahmen genehmigen. (Diese Zweifel können z.B. entstehen, wenn der Patient nicht in einem vorangegangenen ärztlichen Gespräch Fragen seiner persönlichen Disposition geklärt und diese in eindeutiger Weise in seiner Patientenverfügung angesprochen hat oder wenn unterschiedliche Auffassungen zwischen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigten bestehen.)

Unverändert gilt die Empfehlung weiter, die Patientenverfügung durch eine notarielle Vorsorgevollmacht zu ergänzen. Durch die Vorsorgevollmacht kann der ausgewählte Bevollmächtigte bestimmt werden, der ggf. die Anordnungen der Patientenverfügung umsetzt. Dadurch kann vermieden werden, dass die Entscheidungen durch „Dritte“ – z.B. einen gerichtlich bestellten Betreuer, einen Arzt oder ein angerufenes Gericht – getroffen werden.

Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht sind höchstpersönliche Anliegen. Daher lässt sich Näheres nur in einem Beratungsgespräch darlegen.

**RECHT KONKRET** kann Berichtenswertes nur sehr allgemein darstellen. Spezielle Fragestellungen lassen sich nur im Wege der Beratung klären.

## In memoriam:

### Dr. Gerhard Schmidt

Am 20. Februar 2009 verstarb Dr. Gerhard Schmidt in seinem 90. Lebensjahr. Er war ein Seniorpartner, wie man sich ihn wünscht: Reich an Erfahrung, hat er uns Jüngeren manchen Rat erteilen können; andererseits hat er rechtzeitig „losgelassen“, so dass wir SOH nach unseren Vorstellungen weiterentwickeln konnten. Wir verdanken ihm viel.

Dr. Gerhard Schmidt hatte eine glanzvolle, überaus erfolgreiche Anwaltskarriere hinter sich, die ihn zum gefragten Gesprächspartner von Wirtschaftsführern und Politikern gemacht hat. Für uns war er in mancherlei Hinsicht ein Vorbild.

In seinem letzten Lebensabschnitt wirkte er vornehmlich als Vorsitzender der beiden von Heinz Nixdorf gegründeten gemeinnützigen Stiftungen. Dabei hatte er sich – in Kooperation mit anderen großen Stiftungen – vor allem für die Weiterentwicklung der Sozialen Marktwirtschaft und für die Förderung und Motivation insbesondere junger Menschen eingesetzt. Für seine Verdienste hat ihm der Bundespräsident das Große Bundesverdienstkreuz und die Goldene Stiftermedaille verliehen.



Am 27. Februar 2009 haben wir unsere Büros in Essen und Berlin geschlossen und Dr. Gerhard Schmidt gemeinsam mit allen Büroangehörigen die letzte Ehre erwiesen. Die eindrucksvolle Trauerfeier ist uns noch sehr gegenwärtig. Aber er selbst auch: In mancher Partnersitzung findet er Erwähnung mit seiner Forderung: „Ihr müsst Euer Gegenüber gewinnen!“ Ein „gewinnendes Wesen“ verlangen wir seither von jedem von uns. Und so manches Andere.



**Haumannplatz 28**  
**45130 Essen**

**Fon +49-201-72002-0**  
**Fax +49-201-72002-34**

**Internet [www.soh.de](http://www.soh.de)**  
**E-mail [essen@soh.de](mailto:essen@soh.de)**

**Kurfürstendamm 38/39**  
**10719 Berlin**

**Fon +49-30-884490-0**  
**Fax +49-30-884490-90**

**Internet [www.soh.de](http://www.soh.de)**  
**E-mail [berlin@soh.de](mailto:berlin@soh.de)**

---