

Mandanteninformation

Oktober 2003

Inhalt

Gesellschaftsrecht	Unbeschränkte Gesellschafterhaftung in GbR für Altschulden	1
Gesellschaftsrecht	Verbotene Einlagenrückgewähr in GmbH & Co. KG	2
Gesellschaftsrecht	Anforderungen an die Ausschließung aus der GmbH	2
Handelsrecht	Rechtsformzusatz für alle Unternehmen gesetzlich vorgeschrieben	4
Gesellschaft-/Bilanzrecht	Neues zur Offenlegungspflicht der Jahresabschlüsse	4
Steuerrecht	Verdeckte Gewinnausschüttung und Tantiemeregelung	4
Steuerrecht	Besteuerung von Spekulationsgewinnen verfassungswidrig?	5
Privates Baurecht	Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern	6
Bankrecht	Überziehungszinsen	7
Arbeitsrecht	Reformen am Arbeitsmarkt	7
Arbeitsrecht	Teilnahme des Betriebsrates an Schulungsveranstaltungen	9
Familienrecht	Rechtsprechungswandel zu Eheverträgen	9
Wettbewerbsrecht	Unzulässige Alleinstellungswerbung – Ortsnamen in Firma	10
Europarecht	Droht das Aus für die GmbH?	11
Internationales	Einschränkung für US-Strafschadensersatzklagen	12

In eigener Sache

Die meisten Leser wissen es bereits: Die ehemaligen Bochumer Partner der Luther Menold Rechtsanwalts-gesellschaft mbH sind wieder eigenständig. Unter dem Namen „AULINGER Rechtsanwälte“ führen wir unser Ihnen be-kanntes Büro in Bochum weiter. Darüber hinaus freuen wir uns, seit Anfang Oktober dieses Jahres auch in Essen vertreten zu sein. Die Eröffnung unseres neuen Büros in der Villa Bredeney unterstreicht, daß wir die Trennung von Luther Menold nicht als Rückschritt, sondern als Schritt in die Zukunft verstehen.

Unter dem neuen Namen wollen wir auch an Bewährtes anknüpfen. Mit unseren Mandanteninformationen werden wir Sie ab sofort wieder regelmäßig über neue Rechtsentwicklungen unterrichten. Wir hoffen auf Ihr Interesse.

Für Fragen, Anregungen und Kritik stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung. Detaillierte Angaben zu unseren Standorten und die Namen der dort tätigen Rechtsanwälte finden Sie auf der letzten Seite dieser Ausgabe.

Gesellschaftsrecht: Neugesellschafter einer GbR haften auch für Altverbindlichkeiten (Änderung der Rechtsprechung)

Nach bisheriger Rechtsprechung haftete der neu in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) eintretende Gesellschafter nicht für deren Verbindlichkeiten, die vor seinem Eintritt begründet worden waren. Im Zuge einer vollständigen Neuorientierung seiner Rechtsprechung zur GbR hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 7.4.2003 diese Rechtsprechung aufgegeben. Nunmehr **haftet der Neugesellschafter** grundsätzlich persönlich **mit seinem gesamten Vermögen** und gesamtschuldnerisch mit den bisherigen Gesellschaftern **für** derartige **Altverbindlichkeiten**. Mit dieser Entscheidung wird der Eintritt in

eine GbR dem Eintritt in eine OHG haftungsmäßig gleichgestellt.

Aus Gründen des Vertrauensschutzes gilt die Haftung für Altverbindlichkeiten der GbR allerdings nicht für solche Gesellschafter, die vor Veröffentlichung des Urteils vom 7.4.2003 einer GbR beigetreten sind. Offengelassen hat das Gericht, ob Neugesellschafter auch für vor ihrem Eintritt verursachte Berufshaftpflichtfälle der Altgesellschafter in Anspruch genommen werden können. Dies betrifft vor allem Freiberuflersozietäten.

Die neue Rechtsprechung hat erhebliche Bedeutung für viele Anwendungsfälle der GbR mit gelegentlichem Wechsel im Gesellschafterbestand: z.B. Arbeitsgemeinschaften im Bau- oder Ingenieurwesen, Gemeinschaftspraxen von Ärzten, Steuerberatersozietäten, geschlossene Immobilienfonds. Aufgrund der Rechtsprechungsänderung ergeben sich folgende **Empfehlungen**:

Wer künftig einer bestehenden GbR als Gesellschafter beitreten möchte, sollte sich vorher sorgfältig über ihre Vermögenslage und insbesondere darüber informieren, welche Verbindlichkeiten die Gesell-

schaft bereits eingegangen ist. Im Einzelfall kann evtl. mit einem Gläubiger vor dem Eintritt des Gesellschafters dessen **Haftungsausschluß** oder seine **Haftungsbegrenzung** auf seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen vereinbart werden.

Vor seinem Eintritt sollte der Beitrittsinteressent auch prüfen, welche weiteren wirtschaftlichen Vorkehrungen er treffen kann, z.B. zur Existenzsicherung seiner Familie etwa durch Vermögensübertragungen auf nahe Angehörige mit den üblichen Widerrufsvorbehalten.

Gesellschaftsrecht: Verbotene Einlagenrückgewähr trotz Verbleib des Kapitals in der Gesellschaft?

Bekanntlich haben die Gesellschafter einer GmbH für die gewünschte Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen einen Preis zu entrichten: Sie müssen ein Stammkapital von mindestens 25.000,00 € in die Gesellschaft einzahlen und die Mittel dort belassen. **Rückzahlungen** an die Gesellschafter **aus gebundenem Vermögen sind unzulässig** und führen dazu, daß das Stammkapital erneut eingezahlt werden muß. Anerkannt ist, daß der Rückzahlung an den Gesellschafter die Zahlung an eine dritte Gesellschaft gleichsteht, die von dem Gesellschafter beherrscht wird.

Das geschilderte Konzept führt regelmäßig in der Insolvenz der GmbH zu bösen Überraschungen. Das droht auch in folgendem Fall, der völlig alltäglich und auf den ersten Blick auch unbedenklich ist: Die Gesellschafter gründen eine GmbH und anschließend gemeinsam mit der GmbH eine **GmbH & Co. KG**. Sie zahlen ordnungsgemäß sowohl ihre Stammeinlagen an die GmbH als auch ihre Hafeinlagen an die KG. Da die GmbH nichts anderes zu tun hat, als persönlich haftende Gesellschafterin der KG zu sein, gewährt sie aus ihrem Stammkapital anschließend der KG ein **Darlehen**. Die KG setzt die Darlehensmittel im geschäftlichen Verkehr ein. Die Geschäfte gehen schief. Es kommt zur Insolvenz der KG und

der GmbH. Nun nimmt der Insolvenzverwalter der GmbH die Gesellschafter in Anspruch: Die GmbH habe der KG kein Darlehen gewähren dürfen. Denn da die Gesellschafter der GmbH gleichzeitig die Kommanditisten seien, sei die Zahlung der GmbH an die KG der Zahlung an die Gesellschafter gleichzusetzen. Mithin liege eine **verbotene Einlagenrückgewähr** vor.

Das Oberlandesgericht (OLG) Köln hat eine derartige Klage rechtskräftig abgewiesen: GmbH und KG seien im Rechtsverkehr als **unternehmerische Einheit** anzusehen. Eine Zahlung der GmbH an die KG sei deswegen noch keine Einlagenrückgewähr. Erst wenn das Geld von der KG an die Gesellschafter weitergeleitet werde, entstehe ein Erstattungsanspruch.

Die Entscheidung des OLG Köln leuchtet wirtschaftlich ein. Wahrscheinlich ist sie aber nicht das letzte Wort. Es ist zu erwarten, daß ein geeigneter Vergleichsfall vor den Bundesgerichtshof gebracht wird. Wie dieser entscheidet, ist keineswegs ausgemacht. Gesellschaftern, die auf Nummer sicher gehen wollen, muß deswegen von Vermögensverlagerungen aus der GmbH in die KG abgeraten werden.

Gesellschaftsrecht: Neue Rechtsprechung zur Ausschließung aus der GmbH

Die Situation ist ebenso bekannt wie gefürchtet: An einer GmbH sind mehrere Gesellschafter, häufig aus zwei (Familien-) Stämmen, beteiligt. Die Gesellschafter sind untereinander zerstritten, wodurch die Gesellschaft bis hin zur Existenzbedrohung in ihrer Teilnahme am Wirtschaftsleben behindert werden kann. Ein Teil der Gesellschafter meint nunmehr, sich eines Mitgesellschafters entledigen zu müssen.

Die **Ausschließung eines Gesellschafters** aus der GmbH ist anders als im Recht der Personenhandels-

gesellschaften gesetzlich nicht vorgesehen, aber als letztes Mittel anerkannt, wenn in der Person des Betroffenen ein wichtiger Grund vorliegt. Freilich ist ihre **Handhabung schwierig und umständlich**. Die Ausschließung bedingt (von der Ausnahme einer Zwei-Personen-Gesellschaft abgesehen) ein zweistufiges Verfahren. Zunächst hat die Gesellschafterversammlung darüber zu beschließen, ob eine Ausschließung wegen des Vorliegens eines wichtigen Grundes vorgenommen werden soll. Anschließend ist ein **Ausschließungsbeschluß** umzusetzen, indem

die Gesellschaft eine **Ausschließungsklage** gegen den betroffenen Gesellschafter erhebt. Frühestens mit der rechtskräftigen Entscheidung in diesem Ausschließungsprozeß ist die Ausschließung vollzogen.

Zur Gesamthematik gibt es seit Anfang 2003 Neues vom Bundesgerichtshof (BGH). Die Gesellschafterversammlung einer GmbH hatte mit einer Mehrheit von gut 61% der abgegebenen Stimmen die Erhebung einer Ausschließungsklage beschlossen. Der Versammlungsleiter entschied, die Stimmen der Ehefrau und der Schwägerin des Auszuschließenden dürften wegen der Existenz eines Konsortialvertrages nicht mitgezählt werden. Hieraus ergab sich eine Mehrheit von knapp 79% der abgegebenen Stimmen. Auf Basis des so festgestellten Beschlusses erhob die Gesellschaft Ausschließungsklage; der auszuschließende Gesellschafter erhob **Anfechtungsklage** gegen den Gesellschafterbeschluss. Der BGH entschied nur den **Anfechtungsprozeß**. Dabei ging es zunächst um das Verhältnis zwischen Anfechtungsklage und Ausschließungsklage. Insoweit entschied der BGH, Fehler des Ausschließungsbeschlusses seien zwingend und ausschließlich mit der **Anfechtungsklage**, nicht im eigentlichen Ausschließungsverfahren geltend zu machen. Eine solche Anfechtungsklage ist i.S.d. § 148 ZPO vorgreiflich für das weitere Ausschließungsverfahren, weshalb das mit der Ausschließungsklage befasste Gericht diese regelmäßig bis zur Erledigung des Anfechtungsverfahrens aussetzen wird.

Weiter entschied der BGH, der Beschluß über eine Ausschließung bedürfe einer **qualifizierten Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen**. Das gelte selbst dann, wenn wie im Streitfall ein Minderheitsgesellschafter mit einer Beteiligung von nur 1% am Gesellschaftskapital ausgeschlossen werden solle. Ganz entscheidend stellte der BGH auf die **schutzwürdigen Interessen des auszuschließenden Gesellschafters** ab. Der betroffene Gesellschafter, der immerhin von einer (Stimmrechts-) Minderheit von mehr als 25% unterstützt werde, habe ein berechtigtes Interesse, schon die Durchführung des gerichtlichen Ausschließungsverfahrens zu verhindern. Hierdurch sei zwar eine gewisse **Blockadehaltung** möglich, die aber ebenso sachliche oder unsachliche Beweggründe haben könne wie der Ausschließungswille der Mehrheit.

Ergänzend musste der BGH noch die Voraussetzungen eines **Stimmrechtsausschlusses** prüfen, da die notwendige Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen nur unter Abzug der Stimmen der Ehefrau und der Schwägerin des auszuschließenden Gesellschafters erreicht werden konnte. Allein das persönliche Näheverhältnis zum Auszuschließenden reicht nicht für einen Stimmrechtsausschluss aus. Im vorliegenden Fall war das Näheverhältnis jedoch gesellschaftsrechtlich durch einen **Konsortialvertrag**

manifestiert, der ein „einheitliches Vorgehen“ vorsah. Der auszuschließende Gesellschafter fungierte als Konsortialführer, hätte aber wegen der bestehenden Mehrheitsverhältnisse innerhalb des Konsortiums jederzeit auch gegen seinen Willen abberufen werden können. Der BGH deutete an, in einer solchen Konstellation führe selbst ein Konsortialvertrag nicht zwingend zum Stimmrechtsausschluss. Überdies hatten die Konsortialmitglieder – taktisch geschickt – am Tag vor der Beschlussfassung über die Erhebung der Ausschließungsklage ihrerseits einstimmig beschlossen, die im Konsortialvertrag verankerte Stimmrechtsbindung aufzuheben. Im Ergebnis verneinte der BGH den Stimmrechtsausschluss. Mangels einer hinreichenden, qualifizierten Mehrheit war damit die Anfechtung gegen den Beschluss zur Erhebung der Ausschließungsklage erfolgreich. Gleichzeitig wurde hierdurch dem gerichtlichen Ausschließungsverfahren die Grundlage entzogen.

Allein der zeitliche Ablauf des Verfahrens zeigt, wie belastend ein Ausschließungsverfahren für alle Beteiligten und insbesondere für die Gesellschaft selbst sein kann. Wie lange die Gesellschafter bereits zerstritten waren, ist unbekannt. Der Beschluss zur Erhebung der Ausschließungsklage wurde im Mai 1999 gefasst. Erst nach einer Verfahrensdauer von dreieinhalb Jahren stand die Rechtswidrigkeit des Beschlusses fest. Unterstellt man einen gegenteiligen Verfahrensausgang, so wäre immer noch erst über den Gesellschafterbeschluss, nicht aber über die Rechtmäßigkeit der Ausschließung als solche entschieden. In einem u.U. wieder über mehrere Instanzen gehenden Verfahren wäre die regelmäßig weit schwierigere Frage zu beantworten, ob tatsächlich ein wichtiger Grund für die Ausschließung bestand. Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass viele Gesellschaften einen derartigen Streit **nicht überstehen**.

Das Urteil sollte deswegen Veranlassung geben, immer wieder und vor allem rechtzeitig die **eigenen gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse** zu überprüfen. Vertraglich können ohne weiteres Regelungen getroffen werden, die von den durch den BGH aufgestellten Grundsätzen abweichen. Eine Grenze ist erst dort überschritten, wo eine Mehrheit willkürlich in die Rechte einzelner Gesellschafter eingreifen kann. Immerhin hat ein weiteres Urteil des BGH aus Juli 2003 klargestellt, daß ein Gesellschafter bereits mit dem Ausschließungsbeschluss aus der GmbH ausscheidet, wenn der Vertrag dies bestimmt. So können quälende Auseinandersetzungen zwar nicht vermieden, aber doch **abgekürzt** werden. Eine vernünftige, ausgewogene Regelung von Ausscheiden und Abfindung des weichenden Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag kann vielfach auch den Weg zu einer rechtzeitigen Einigung weisen.

Handelsrecht: Rechtsformzusatz für alle Firmen gesetzlich vorgeschrieben

Seit dem 1. April 2003 muß jede Firma einen **Rechtsformzusatz** führen, der unmißverständlich Rückschlüsse auf die gewählte Rechtsform zuläßt. Beispiele: Eine **Einzelfirma** muß den Zusatz „eingetragener Kaufmann“ oder „eingetragene Kauffrau“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung führen, insbesondere „e.K.“, „e.Kfm.“ oder „e.Kfr.“ Eine **offene Handelsgesellschaft** hat den Zusatz „offene Handelsgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung, z.B. „oHG“ zu benutzen. Eine **Kommanditgesellschaft** hat in ihrer Firma den Zusatz „Kommanditgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung, z.B. „KG“ anzugeben.

Eine Kommanditgesellschaft, in der keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter haftet, muß neben dem Hinweis „GmbH & Co.“ auch den Zusatz „Kommanditgesellschaft“ oder etwa die Abkürzung „KG“ führen. Eine Kommanditgesellschaft,

insbesondere eine GmbH & Co., die in ihrer Firmierung nicht eindeutig erkennen läßt, dass es sich um eine Kommanditgesellschaft handelt, könnte im Geschäftsverkehr den Anschein erwecken, es handele sich um eine offene Handelsgesellschaft. Unter dem Gesichtspunkt der **Rechtsscheinhaftung** riskieren die Kommanditisten in einem solchen Fall, wie persönlich haftende Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co. unbeschränkt zu haften.

Handlungsempfehlung: Die im Handelsregister eingetragenen Firmenbezeichnungen sollten auf Ergänzungsbedürftigkeit überprüft werden. Gleichzeitig sind auch die vorgeschriebenen Angaben auf den **Geschäftsbriefen** zu überprüfen und ggf. anzupassen. Die etwa erforderliche Ergänzung der eingetragenen Firma um den Rechtsformzusatz kann **formlos** beantragt werden. Die anschließende Eintragung im Handelsregister ist **gebührenfrei**.

Gesellschaftsrecht/Bilanzrecht: Neues zur Offenlegungspflicht der Jahresabschlüsse

Nach dem Gesetz sind die Jahresabschlüsse von **Kapitalgesellschaften** durch **Einreichung zum Handelsregister** und **Bekanntmachung im Bundesanzeiger** offenzulegen. Je größer die Gesellschaft, um so weitergehend sind die Verpflichtungen. Erstmals für Jahresabschlüsse ab dem Bilanzstichtag 31.12.2000 ist die Offenlegungspflicht auch für **Kommanditgesellschaften** vorgeschrieben, an denen keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist, also insbesondere für die **GmbH & Co. KG**. Ziel dieser gesetzlichen Regelung ist es, den Gläubigerschutz wegen der hohen Insolvenzanfälligkeit dieser Rechtsformen zu verbessern.

Das LG Essen hat durch Beschluß vom 25.11.2002 und das LG Mannheim durch Beschluß vom 1.7.2003 dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Rechtsfrage vorgelegt, ob die Offenlegungspflicht gegen Gemeinschaftsgrundrechte der Berufsfreiheit und ob es insbesondere gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, wenn Kommanditgesellschaften

mit einer Kapitalgesellschaft als Komplementärin ihre Jahresabschlüsse offenlegen müssen, nicht jedoch andere Gesellschaften mit einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter. Der EuGH ist zur Klärung dieser Frage berufen, weil die deutsche Regelung auf **EG-Recht**, nämlich auf der **4. Bilanzrichtlinie** beruht.

Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH die Rechtsfrage beantwortet. **Zweifel** sind angebracht, ob die Rechtsauffassungen des LG Essen und des LG Mannheim bestätigt werden. Immerhin ist den Unternehmen, die der gesetzlichen Offenlegungspflicht ausweichen möchten, bis zur Entscheidung des EuGH eine **Gnadenfrist** gewährt. Unter Berufung auf die vorgenannten Vorlagebeschlüsse kann ein betroffenes Unternehmen die Aussetzung des Verfahrens verlangen, wenn ein Registergericht die Vorlage eines Jahresabschlusses verlangt.

Steuerrecht: Verdeckte Gewinnausschüttung – Zum Verhältnis zwischen Festgehalt und Tantieme des Gesellschafter-Geschäftsführers

Aus Sicht eines Unternehmens wäre es ideal, Geschäftsführer-Vergütungen möglichst weitgehend am **Erfolg** zu orientieren, um bei schlechter Ertragslage mit möglichst geringen Kosten belastet zu werden und dem Geschäftsführer einen besonderen Anreiz zu bieten, erfolgsorientiert zu arbeiten. Dazu gehört

allerdings auch die Überlegung, zu kurzfristiges Erfolgsdenken zu verhindern und eine mittel- und langfristige Unternehmensstrategie mit zu berücksichtigen.

Während **Kapitalgesellschaften** in der Gestaltung der Anstellungsbedingungen mit **Nichtgesellschaftern** frei sind, haben die steuerliche Rechtsprechung und Verwaltungspraxis für **Gesellschafter-Geschäftsführer** seit längerem Schranken zum Verhältnis ergebnisabhängiger Vergütungen zu festen Gehaltsbestandteilen errichtet. So hat der Bundesfinanzhof (BFH) mit Urteil vom 5.10.1994 entschieden, daß im allgemeinen die Jahresgesamtbezüge des Gesellschafter-Geschäftsführers mindestens zu 75 % aus einem festen Gehalt und höchstens zu 25 % aus einer erfolgsabhängigen Vergütung bestehen dürfen. Eine **Tantieme** von mehr als 25 % der Gesamtvergütung wird hiernach in der Regel als **verdeckte Gewinnausschüttung** (vGA) behandelt.

In bemerkenswerten Urteilen des Finanzgerichts (FG) Baden-Württemberg vom 08.03.2001 und vom 28.06.2001 sowie des Finanzgerichts Düsseldorf vom 11.02.2003 wird demgegenüber neuerdings die Rechtsauffassung vertreten, daß auch ein deutliches Überschreiten der 25 %-Grenze für die Bemessung einer ergebnisabhängigen Vergütung jedenfalls dann nicht Anlaß ist, eine vGA anzunehmen, wenn die Gesamtausstattung der Geschäftsführervergütung **noch**

nicht als unangemessen hoch anzusehen ist. Gegen die drei Urteile haben die zuständigen Finanzämter Revision eingelegt. Der Rechtsauffassung dieser Finanzgerichte scheint der BFH inzwischen folgen zu wollen, wie es sich in den Urteilen seines I. Senats vom 29. Februar und 4. Juni 2003 andeutet.

Empfehlung für die Praxis: Gegen Steuerbescheide, in denen nach der 25/75-Regel der BFH-Rechtsprechung eine vGA angenommen worden ist, sollte **Einspruch** eingelegt werden unter Hinweis auf die obengenannten Urteile. Bis zur Entscheidung des BFH über die Revisionen gegen die obengenannten FG-Urteile kann die **Aussetzung** des Einspruchsverfahrens beantragt werden. Neu abzuschließende Geschäftsführer-Dienstverträge sollten die 25/75-Regel aus Vorsichtsgründen möglichst beachten, solange der BFH seine bisherige Rechtsprechung nicht eindeutig geändert hat. **Bestehende Geschäftsführer-Dienstverträge** und sonstige Vereinbarungen über Vergütungen der Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter sollten von Zeit zu Zeit **überprüft** und erforderlichenfalls an weiter entwickelte Rechtsprechungsgrundsätze **angepaßt** werden.

Steuerrecht: Einkommensbesteuerung von Spekulationsgewinnen verfassungswidrig?

Gewinne aus der Veräußerung von privaten Wirtschaftsgütern, insbesondere von Wertpapieren sind nach dem Gesetz einkommensteuerpflichtig, wenn der Zeitraum zwischen der Anschaffung und der Veräußerung nicht mehr als 1 Jahr beträgt (sog. **Spekulationsgewinn**). Seit einiger Zeit werden Zweifel geäußert, ob die Anwendung dieser Bestimmung **verfassungsgemäß** ist. Denn die Überprüfungs- und Erfassungsmöglichkeiten sind begrenzt. So wird die Durchsetzung des Steueranspruchs weitgehend vereitelt.

Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte deshalb bereits mit Beschluß vom 16.7.2002 dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Frage vorgelegt, ob die Besteuerung der Spekulationsgewinne verfassungsmäßig sei. Jetzt ist der BFH mit Beschluß vom 11.6.2003 noch einen Schritt weiter gegangen: Ohne die Entscheidung des BVerfG abzuwarten, hat der BFH die **Vollziehung** eines Steuerbescheides **ausgesetzt**, durch den der Steuerpflichtige seinen Spekulationsgewinn aus der Veräußerung von Wertpapieren versteuern sollte.

Bis zur Entscheidung des BVerfG ist die Rechtsfrage **offen**.

Beratungshinweise: Spekulationsgewinne sollten – ebenso wie Spekulationsverluste, die in dem Veranlagungszeitraum (VZ) angefallen sind, - in der Steuererklärung **angegeben** werden, zumal ab VZ 2000

hierzu das Formular SO entsprechende Angaben verlangt. Ohne diese Angaben geht der Steuerpflichtige das Risiko ein, sich **strafbar** zu machen, wenn das BVerfG entgegen der Rechtsansicht des BFH die Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung von Spekulationsgewinnen bejaht.

Gegen einen Steuerbescheid, der einen Spekulationsgewinn in die ESt-Bemessungsgrundlage einbezogen hat, sollte **Einspruch** eingelegt werden, solange das BVerfG die Rechtsfrage noch nicht entschieden hat. Ein **Antrag auf Aussetzung der Vollziehung** eines solchen Bescheides hat unter Berufung auf den BFH-Beschluß vom 11.6.2003 gute Aussicht auf Erfolg. Allerdings sollte sorgfältig überlegt werden, ob man einen solchen Aussetzungsantrag stellt. Wenn der Einspruch letztlich keinen Erfolg hat, müßten **Aussetzungszinsen** von 0,5 % für jeden vollen Monat gezahlt werden. Diese sogenannten Nachzahlungszinsen sind ab VZ 1999 nicht mehr als Sonderausgaben einkommensmindernd zu berücksichtigen, so dass die Aussetzung der Vollziehung für den Fall der Nachversteuerung eine verhältnismäßig teure Kreditierung bedeutet, während im umgekehrten Fall sogenannte Erstattungszinsen bei einer späteren Steuerrückzahlung voll steuerpflichtig sind.

Die Divergenz – Steuerpflicht der Erstattungszinsen, keine Berücksichtigung der Nachzahlungszinsen – löst übrigens die weitere, bisher nicht entschiedene verfassungsrechtliche Frage aus, ob in ihr nicht eine

Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Grundsatzes der Besteuerung nach der Lei-

stungsfähigkeit zu sehen ist.

Privates Baurecht: Unwirksamkeit der formularmäßigen Vereinbarung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern

Seit dem Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 5.6.1997 ist es feststehende Rechtsprechung, daß eine **formularmäßige Vereinbarung**, nach der ein vertraglich vereinbarter Sicherheitseinbehalt nur gegen eine **Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern** abgelöst werden kann, **unwirksam** ist. Der BGH hat seine Rechtsprechung zur Gewährleistungsbürgschaft auch auf die **Vertragserfüllungsbürgschaft** übertragen. Mit Urteil vom 18.4.2002 hat er entschieden, daß die durch eine formularmäßige Vereinbarung begründete Verpflichtung eines Auftragnehmers, eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern beizubringen, unwirksam ist. Mit ergänzendem Urteil vom 4.7.2002 hat er – einschränkend – entschieden, daß solche Sicherungsvereinbarungen mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, daß anstelle einer Bürgschaft auf erstes Anfordern eine normale selbstschuldnerische Bürgschaft geschuldet wird. Mit diesem Urteil trägt der BGH dem Grundsatz des **Vertrauensschutzes** Rechnung. Der Vertrauensschutz gilt jedoch nicht für Vereinbarungen, die nach Bekanntwerden des Urteils vom 4.7.2002 getroffen worden sind. Ist Gegenstand eines nach dem 4.7.2002 geschlossenen Vertrages die – formularmäßig eingegangene – Verpflichtung des Auftragnehmers zur Beibringung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern, schuldet der Auftragnehmer noch nicht einmal eine selbstschuldnerische Bürgschaft. Der Auftraggeber geht **völlig leer** aus.

Welche Rechte hat angesichts dieser Rechtslage der Auftraggeber, dem aufgrund einer unwirksamen Sicherungsvereinbarung eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern ausgehändigt wurde?

Eine Entscheidung des BGH zu dieser Frage existiert noch nicht. Zu einem Fall, in dem anstelle einer vertraglich vereinbarten selbstschuldnerischen Bürgschaft vom Auftragnehmer eine Bürgschaft auf erstes Anfordern beigebracht wurde, hat der BGH mit Urteil vom 10.4.2003 entschieden, daß der Auftraggeber die Bürgschaft **nicht herausgeben** muß. Er muß sich aber schriftlich verpflichten, die Bürgschaft allein als selbstschuldnerische Bürgschaft in Anspruch zu nehmen. Die Sicherheit verbleibt somit dem Auftraggeber. Ihm wird allein die bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern relativ leichte Realisierungsmög-

lichkeit genommen. Das wird auch in den Fällen gelten, in denen ein Vertrauensschutz i. S. des Urteils vom 4.7.2002 besteht und eine selbstschuldnerische Bürgschaft anstelle einer Bürgschaft auf erstes Anfordern geschuldet wird. Kann sich der Auftraggeber dagegen nicht auf einen Vertrauensschutz berufen, dürfte er zur **Herausgabe** der Bürgschaft an den Auftragnehmer verpflichtet sein, und Ansprüche aus der Bürgschaft dürften nicht bestehen.

Nicht selten kommt es schließlich vor, daß der Bürge auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern **zahlt**, obwohl er die Zahlungsanforderung allein mit dem Argument der Unwirksamkeit der der Bürgschaftshingabe zugrunde liegenden Vereinbarung hätte zurückweisen können. Der Bürge kann in einem solchen Fall den gezahlten Betrag **nicht** mit dem Argument **zurückfordern**, er hätte mangels Wirksamkeit der Sicherungsvereinbarung nicht zahlen müssen. Nach dem BGH – zuletzt entsprechend entschieden mit Urteil vom 23.1.2003 – kommt es für die Berechtigung des Rückforderungsanspruches allein auf die materielle Rechtslage an. Maßgebend ist somit allein, ob dem Bürgschaftsgläubiger die geleistete Zahlung nach materiellem Recht zusteht oder nicht. Darlegungs- und nachweisspflichtig ist der Gläubiger.

Fazit: Formularmäßige Sicherungsvereinbarungen – Vereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers – zur Beibringung einer Vertragserfüllungsbürgschaft sind so auszugestalten, daß allein eine Verpflichtung zur Beibringung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft besteht.

Auf Sicherungsvereinbarungen, die vom Auftraggeber und Auftragnehmer **individuell** ausgehandelt werden, findet Vorstehendes keine Anwendung. Durch eine Individualvereinbarung kann somit eine Verpflichtung des Auftragnehmers zur Beibringung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern wirksam vereinbart werden. Die Erfahrung zeigt allerdings, daß es sich bei Sicherungsvereinbarungen nahezu immer um formularmäßige Vereinbarungen und damit um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt.

Bankrecht: Kein Anspruch einer Sparkasse auf Grund AGB auf Überziehungszinsen bei Inanspruchnahme eines Kreditrahmens über den vereinbarten Zeitraum hinaus

In einem Urteil vom 18.03.2003 hatte der Bundesgerichtshof (BGH) Gelegenheit, sich mit den Muster-AGB der Sparkassen auseinander zu setzen.

Die **Nr. 18 der AGB-Sparkassen** lautet: „Für Inanspruchnahmen des Kontos, die nicht durch ein Guthaben oder einen eingeräumten Kreditrahmen gedeckt sind (geduldete Kontoüberziehungen), sind die im Preisaushang aufgeführten Überziehungszinsen zu zahlen. Dies gilt auch für Geschäftskunden“.

Auf Basis dieser Klausel hatte die beklagte Sparkasse einem Geschäftskunden, der einen vereinbarten Kreditrahmen über die zeitliche Befristung hinaus in Anspruch genommen hatte, **Überziehungszinsen** in Rechnung gestellt. Dies beurteilte der BGH als unzulässig: Dulde eine Sparkasse die **zeitliche Überschreitung** einer befristeten Kreditlinie, so habe sie einen Schadenersatzanspruch aus Verzug. Ohne besondere Darlegung eines höheren Schadens belaufe sich dieser Anspruch regelmäßig auf den Vertragszins. Im Falle einer ausdrücklichen oder stillschweigenden **Kreditprolongation** verbleibe es ebenfalls ohne weiteres beim vertraglich vereinbarten Zins. Nur im Falle einer **betragsmäßigen Überschreitung des Kreditrahmens** sei Nr. 18 AGB-Sparkassen geeignet, einen Anspruch auf Zahlung von Überziehungszinsen zu begründen.

Arbeitsrecht: Reformen am Arbeitsmarkt

Am 26.09.2003 hat der Bundestag verschiedene Reformen des Arbeitsrechtes beschlossen, die am 01.01.2004 in Kraft treten werden. Kern der Reformen sind die **Befristung der Bezugszeit von Arbeitslosengeld** und die **Neuregelung des Kündigungsschutzes**. Damit soll zum einen größere Rechtssicherheit insbesondere in Bezug auf die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen geschaffen und die Flexibilität erhöht werden, zum anderen soll mit der Neuregelung beim Arbeitslosengeld der Trend zur Frühverrentung gestoppt werden. Die Bundesregierung rechnet beim Arbeitslosengeld mit einem Einsparvolumen von 2,2 Mrd. Euro jährlich ab 2008.

Die Eckpunkte der Reform:

Im Bereich der **Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen** wird weitestgehend die durch die Regierung Kohl im Jahre 1997 eingeführte und nach dem Regierungswechsel 1998 als „unsozial“ aufgehobene Rechtslage wiederhergestellt:

Das Urteil ist inhaltlich wenig überraschend. Der BGH kann sich auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Nr. 18 AGB-Sparkassen stützen. Schon nach ihrem Wortlaut bezieht sich die Definition des Begriffs „geduldete Kontoüberziehungen“ auf betragsmäßige Überziehungen einer Kreditlinie. Im Unterschied hierzu noch die Vorgängerregelung ausdrücklich auch die Kreditinanspruchnahme „über den Fälligkeitstermin hinaus“ zum Gegenstand, war aber vom Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Urteil aus dem Jahre 1991 als unangemessen benachteiligend und unwirksam erachtet worden. Folgerichtig wurde bei der 1993 erfolgten grundlegenden Neufassung der AGB-Sparkassen der Hinweis auf zeitliche Überschreitungen gestrichen.

Die ebenfalls neu gefassten **AGB-Banken** enthalten anders als die Sparkassen-AGB **keine Hinweise auf Überziehungszinsen**. Die Privatbanken nennen lediglich in ihren Preisaushängen Überziehungszinssätze, die dann anfallen, wenn Guthabekonten ohne Kreditlinie im Soll geführt oder vereinbarte Limits betragsmäßig überzogen werden. Auch die AGB-Banken verzichten damit im Ergebnis darauf, bei bloß zeitlicher Überschreitung befristeter Kreditlinien einen Anspruch auf Überziehungszins festzuschreiben. Wer in solchen Fällen also mit Überziehungszinsen belastet wird, kann mit Erfolg rechnen, wenn er sich wehrt.

Die Sozialauswahl wird auf die Kriterien **Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten** und – in letzter Lesung noch ergänzt – **Schwerbehinderteneigenschaft** beschränkt.

Diese Kriterien sollen nach der Gesetzesbegründung untereinander **gleichwertig** sein. Bei der Gewichtung im Einzelfall soll – wie bisher – ein Beurteilungsspielraum bestehen. Ein Vorrang der Betriebszugehörigkeit besteht folglich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht. Die Arbeitsgerichte entscheiden bisher unterschiedlich; die Umsetzung der geänderten Gesetze in der Gerichtspraxis bleibt abzuwarten.

In der Begründung der Gesetzesvorlage heißt es weiter, daß die Berücksichtigung **zusätzlicher Tatsachen** im Einzelfall nicht ausgeschlossen sein solle, soweit diese im Zusammenhang mit den genannten Kriterien stehen. Wie dies bei den in der Begründung aufgeführten Beispielen (Berufskrankheiten; unverschuldeter Arbeitsunfall) begründet werden kann, bleibt allerdings offen. Es steht kaum zu erwarten, daß die Rechtsprechung hier große Flexibilität zeigen wird.

Die von der Politik oft zitierte **Leistungsträgerklausel** soll es ermöglichen, die Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Die Problematik bei der Umsetzung dieser Möglichkeit wird voraussichtlich nach wie vor darin liegen, auszuloten, wie die Gerichte die „berechtigten“ betrieblichen Belange auslegen werden. Weiterhin ist die Herausnahme aus der Sozialauswahl daher mit **erheblichen Unwägbarkeiten** belastet.

Eine deutliche Erleichterung stellt die Möglichkeit dar, in einem Interessenausgleich nach § 111 Betriebsverfassungsgesetz eine **Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer** zu vereinbaren. In diesem Falle wird vermutet, daß dringende betriebliche Erfordernisse für die Kündigung bestehen. Der Arbeitnehmer ist in einem Kündigungsschutzprozeß gezwungen, das Gegenteil zu beweisen, was ihm wohl nur in Ausnahmefällen gelingen dürfte. Wesentlicher noch ist, daß die Arbeitsgerichte die **soziale Auswahl nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüfen** können, d.h. darauf, ob sie jede Ausgewogenheit vermissen läßt. Das Prozeßrisiko für den Arbeitgeber reduziert sich dadurch erheblich.

Neu eingeführt wird ein **gesetzlicher Abfindungsanspruch bei betriebsbedingten Kündigungen**. Entgegen ursprünglicher Überlegungen wurde allerdings keine „Zwangsabfindung“ eingeführt, sondern entsteht dieser Anspruch nur, wenn der Arbeitgeber ihn anbietet und der Arbeitnehmer nicht gegen die Kündigung Klage erhebt. Die Neuregelung stellt somit eine formell einfache Möglichkeit dar, einen Abfindungsvergleich abzuschließen.

Die gesetzliche Abfindung beträgt ein **halbes Brutomonatsverdienst für jedes Jahr des Bestehens** des Arbeitsverhältnisses. Ein Zeitraum von mehr als 6 Monaten wird aufgerundet. Als Monatsverdienst gilt, was dem Arbeitnehmer in dem Monat an Geld und Sachbezügen zusteht, in dem das Arbeitsverhältnis endet. Einmalzahlungen wie Gratifikationen und Urlaubsgeld werden umgelegt.

Der Anspruch auf eine Abfindung setzt einen **Hinweis des Arbeitgebers unmittelbar in der Kündigung** voraus, daß die **Kündigung auf betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagfrist die gesetzliche Abfindung beanspruchen kann**. Der Arbeitgeber hat es also in der Hand, ob er dem Arbeitnehmer die Abfindung „anbietet“. Der Arbeitnehmer hat dann die Wahl, innerhalb der Frist zu klagen oder diese verstreichen zu lassen. Der Zahlungsanspruch entsteht mit Ablauf der Kündigungsfrist. Eine außer-

ordentliche Kündigung innerhalb dieser Frist würde also sein Entstehen verhindern.

Bei der Überlegung, ob dieser Weg gewählt wird, ist aus Arbeitgebersicht zu berücksichtigen, daß bei schlüssig begründeten Kündigungen im Verhandlungswege vielfach geringere Abfindungsbeträge erzielt werden und insbesondere, daß anders als in einem Abwicklungsvertrag die Möglichkeit entfällt, weitere regelungsbedürftige Aspekte - unter Ein-schluß einer Ausgleichsklausel - mitzuverhandeln.

Mehr Rechtssicherheit wird durch die **einheitliche Klagfrist von 3 Wochen für alle Unwirksamkeitsgründe** mit Ausnahme der Schriftform einer Kündigung geschaffen. Diese Frist gilt auch für Kleinbetriebe, auf die das Kündigungsschutzgesetz ansonsten keine Anwendung findet.

Für **Kleinbetriebe** wird der Kündigungsschutz gelockert, allerdings in weitaus geringerem Umfang, als zu Beginn des Jahres noch zu hoffen war: Bisher waren von dem **Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes** Betriebe mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern ausgeschlossen. Ab 01.01.2004 können zusätzlich **bis zu 5 weitere Arbeitnehmer befristet** eingestellt werden, ohne daß der Betrieb dem Kündigungsschutzgesetz unterfällt. Diese Regelung gilt zunächst für alle befristeten Einstellungen, die in der Zeit zwischen dem 01.01.2004 und dem 31.12.2008 vorgenommen werden.

Auch Existenzgründern soll mehr Flexibilität in der Personalpolitik ermöglicht werden. Durch die Änderung von § 14 Teilzeit- und Befristungsgesetz wird die Möglichkeit der befristeten Beschäftigung für **Unternehmensneugründungen** erweitert. Während bisher Arbeitnehmer höchstens bis zu einer Gesamtdauer von 2 Jahren ohne Sachgrund befristet eingestellt werden konnten, ist dies ab 2004 in **den ersten 4 Jahren nach der Gründung bis zu 4 Jahre** möglich. Dies gilt allerdings nicht bei rechtlicher Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Von der Regelung können auch Unternehmen Gebrauch machen, die bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht 4 Jahre bestehen.

Eine weitere erhebliche Neuerung ergibt sich bei dem Arbeitslosengeld: seine **Laufzeit wird auf in der Regel 12 Monate verkürzt**, bei älteren Arbeitnehmern ab Vollendung des 55. Lebensjahres auf bis zu **18 Monate**. Während einer Übergangszeit von 24 Monaten gilt das alte Recht fort. Unbedingt zu beachten ist, daß während der Übergangsfrist die Verpflichtung der Arbeitgeber, gezahltes **Arbeitslosengeld an das Arbeitsamt zu erstatten**, verschärft wird. Sie beginnt nunmehr mit dem vollendeten 57. Lebensjahr anstelle des 58., tritt ein bei einer **Kündigung nach dem vollendeten 55. Lebensjahr** (früher 56. Jahr) und beträgt maximal 32 statt 24 Monate. Nur wenn

bis zum 31.12.2003 bereits Arbeitslosengeld bezogen wird oder der Arbeitgeber bis zum 26.09.2003 alles Erforderliche zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses getan, d.h. die Kündigung ausgesprochen hat, ist noch altes Recht anzuwenden. Für Arbeitslosengeld, das nach der Übergangszeit nach neuem Recht bezogen wird, soll die Erstattungspflicht dagegen entfallen. Der Gesetzgeber versucht so zu verhindern, daß älteren Arbeitnehmern kurz vor Ablauf der Übergangszeit gekündigt wird, um ihnen den längeren Arbeitslosengeldzeitraum zu erhalten.

In letzter Minute wurde in das Reformkonzept eine Änderung des Arbeitszeitgesetzes im Hinblick auf die **Bereitschaftsdienste** aufgenommen.

Das deutsche Arbeitszeitrecht unterscheidet Rufbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Arbeitsbereitschaft. Bisher wurde nur die Arbeitsbereitschaft wie reguläre Arbeitszeit behandelt. Bei dem Bereitschaftsdienst muß sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten und an diesem zur Verfügung stehen, um gegebenenfalls

sofort seine Arbeit erbringen zu können. Dafür genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, innerhalb von 20 Minuten nach Anforderung seine Arbeitsleistung aufzunehmen.

Erforderlich wurde eine Neuregelung aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 09.09.2003, nach der dieses Arbeitszeitrecht **gegen europäische Richtlinien verstößt**. Da nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes die EG-Richtlinie für private Arbeitgeber nicht unmittelbar anwendbar war, mußte das Arbeitszeitgesetz angepaßt werden. Nunmehr stellt auch der **Bereitschaftsdienst in vollem Umfang Arbeitszeit** dar.

Dies ist bei der Bestimmung der täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie bei den Ruhepausen zu beachten. Die Tarifparteien erhalten die Möglichkeit, größere Spielräume für Ausgleichszeiträume zu eröffnen. Für **Arbeitsbereitschaft** und **Rufbereitschaft** ergeben sich dagegen **keine Änderungen**.

Arbeitsrecht: Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an Schulungsveranstaltungen

Mit der immer wieder streitigen Frage der Erforderlichkeit von Schulungsmaßnahmen für Betriebsratsmitglieder befaßt sich das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm in seinem Urteil vom 11.08.2003.

Der Kläger, ein neugewähltes Betriebsratsmitglied, klagte auf Vergütungszahlung während der Zeit der Teilnahme an einer Schulungsveranstaltung zum Thema „Rechte und Pflichten des Betriebsrates im Arbeitskampf“. Nach §§ 40, 37 Betriebsverfassungsgesetz hat der Arbeitgeber die **Seminargebühren zu übernehmen und die Vergütung fortzuzahlen** für die Zeit, in der der Betriebsrat an einer **erforderlichen Schulungsmaßnahme** teilnimmt.

Dies war nach Auffassung des LAG Hamm nicht der Fall. Voraussetzung sei, daß die erworbenen Kenntnisse unter Berücksichtigung der konkreten betrieblichen Situation erforderlich sind, um die Aufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können. Der Betriebsrat müsse daher darlegen, daß ein **konkreter, aktueller,**

betriebsbezogener Anlaß besteht, d.h. daß vorhersehbar ist, daß der Betrieb direkt oder indirekt von Arbeitskampfmaßnahmen betroffen sein wird. Daß in der Branche Tarifauseinandersetzungen bestehen, genügt nicht, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Arbeitskampf entweder direkt oder aufgrund von Fernwirkungen Auswirkungen auf den Betrieb haben wird.

Da die Vermittlung von Kenntnissen aus dem Gebiet des Arbeitskampfes auch nicht zur Vermittlung von **Grundkenntnissen des Betriebsverfassungsgesetzes oder des Arbeitsrechts** gehört, war der Arbeitgeber nach Auffassung des Gerichts weder zur Vergütungsfortzahlung noch zur Kostenübernahme verpflichtet.

Gegen diese Entscheidung ist Revision zum Bundesarbeitsgericht eingelegt worden. Der Verhandlungstermin steht noch aus.

Familienrecht: Rechtsprechungswandel zu Eheverträgen

In die Rechtsprechung zur **inhaltlichen Überprüfung von Eheverträgen** ist seit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahre 2001 in erheblichem Umfang **Bewegung** gekommen. Dies führt einmal dazu, dass die Voraussehbarkeit des Ausgangs einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Wirksamkeit einer ehevertraglichen Vereinbarung erheblich eingeschränkt ist. Zum anderen müssen diejenigen Überlegungen, die in der

Vergangenheit beim Abschluss von Eheverträgen zugrunde gelegt wurden, neu überdacht werden.

Vom BVerfG zu beurteilen war ein Ehevertrag, der sich nur mit der Regelung von Unterhaltsfragen beschäftigte. Inhalt der Vereinbarung war ein wechselseitiger Verzicht auf Nachscheidungsunterhalt und die Festlegung einer der Höhe nach beschränkten, vom Vater zu zahlenden Kindesunterhalts bei dessen

gleichzeitiger Freistellung durch die Kindesmutter im übrigen. Der Vertrag war kurz vor Eheschließung und wenige Monate vor der Geburt des gemeinsamen Kindes geschlossen worden.

Nach den früher geltenden Rechtsprechungsgrundsätzen wären kaum ernsthafte Bedenken gegen die Wirksamkeit eines solchen Vertrages zu erheben gewesen. Immerhin hatte die Rechtsprechung der grundsätzlich bestehenden Vertragsfreiheit von – künftigen – Ehegatten nur dann Grenzen gesetzt, wenn die ehevertragliche Vereinbarung zwangsläufig zur **Sozialhilfebedürftigkeit** eines Ehegatten geführt hätte. Im Vordergrund stand also der Schutz der Allgemeinheit vor diese benachteiligenden Abreden der Ehegatten.

Demgegenüber gibt das BVerfG einen ganz anderen rechtlichen Ansatz vor: Mit Hinweis auf den grundgesetzlich verankerten Schutz von Ehe und Familie und auf den Gleichheitsgrundsatz hält das Gericht (nur) eine Ehe für verfassungsrechtlich geschützt, „in der Mann und Frau in **gleichberechtigter Partnerschaft** zueinander stehen“. Es sei daher Aufgabe der Gerichte in denjenigen Fällen, in denen eine solche gleichberechtigte Partnerschaft aufgrund ehevertraglicher Regelungen nicht gewährleistet sei, den Inhalt eines Ehevertrages einer Kontrolle zu unterziehen und ggf. zu korrigieren. Im entschiedenen Fall stellt das BVerfG maßgeblich auf die Unterlegenheitsposition der (nicht verheirateten schwangeren) Frau ab und stellt deren **Schutzbedürftigkeit** in den Vordergrund.

Diesen **Wechsel im rechtlichen Ausgangspunkt** haben die Instanzgerichte inzwischen zum Anlass genommen, bei der Überprüfung von Eheverträgen weitaus **strengere Anforderungen** an die Wirksamkeit getroffener Vereinbarungen zu stellen, als dies früher der Fall war. So hat z. B. das Oberlandesgericht München in einem Urteil vom 01.10.2002 einen

Ehevertrag für insgesamt unwirksam erachtet, in dem die Ehefrau eines sehr gut verdienenden und vermögenden Ehemannes auf Unterhalt (mit Ausnahme des Betreuungsunterhaltes für Kinder) und auf Zugewinn verzichtet hatte und gleichzeitig Modifikationen zum Versorgungsausgleich akzeptiert hatte in der Form, dass anstelle des gesetzlichen Versorgungsausgleichs die Verpflichtung des Ehemannes begründet würde, Beiträge für eine Lebensversicherung auf Rentenbasis für die Ehefrau zu zahlen. Begründet wird die Entscheidung wiederum maßgeblich mit einer **„auf ungleicher Verhandlungsposition beruhenden Dominanz eines Ehepartners“**.

Der durch das BVerfG eingeleitete Rechtswandel lässt befürchten, dass die Anzahl der Streitigkeiten zur Wirksamkeit bestehender Eheverträge deutlich zunehmen wird. Ehegatten, die sich durch Eheverträge benachteiligt fühlen, werden aller Voraussicht nach weit eher als bisher versuchen, unliebsame Klauseln oder sogleich insgesamt unliebsame Verträge unter Hinweis auf den Rechtswandel zu „kippen“. Hier wird sich erhöhter Beratungsbedarf ergeben.

Ändern wird sich auch die Beratungspraxis im Vorfeld vertraglicher Vereinbarungen: Wer als (künftiger) Ehegatte den Wunsch nach Wahrung allein seiner eigenen Interessen überzieht, läuft Gefahr, eine angreifbare Vereinbarung zu schließen. Ein Zurückgreifen auf „die **üblichen Musterverträge**“ birgt **erhebliche Risiken**. „Patentrezepte“ für die Gestaltung von Eheverträgen sind wegen der Vielzahl der denkbaren Regelungen und der zugrunde liegenden Lebensverhältnisse von der Rechtsprechung nicht zu erwarten. Helfen kann hier nur eine einzelfallbezogene Betrachtung. Jedenfalls ist zu empfehlen, weit mehr als bisher die wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse der Ehegatten (Lebensplanung) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Eheverträgen darzustellen.

Wettbewerbsrecht: Unzulässige Alleinstellungswerbung bei Verwendung eines Ortsnamens in Firma oder Domain-Bezeichnung

Durch ein jüngst ergangenes Urteil hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm bestätigt, dass eine **unzulässige Alleinstellungswerbung** vorliegen kann, wenn ein Ortsname in der Firma oder in der Domain eines Unternehmens geführt wird.

Das OLG Hamm hat ein Urteil des Landgerichts Dortmund bestätigt, durch das der Unternehmensinhaber verurteilt worden ist, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung „Tauchschule Dortmund“ sowie die Internet-Domain „www.tauchschule-dortmund.de“ einschließlich der damit verbundenen E-Mail-Adresse zu verwenden. Nach der (zutreffenden) Auffassung des OLG Hamm

erweckt die Bezeichnung „Tauchschule Dortmund“ den Eindruck, dass es sich um ein Unternehmen mit einer **überragenden Marktstellung** in der entsprechenden Branche handelt. Da tatsächlich jedoch in Dortmund eine größere Tauchschule existiert, liegt eine Irreführung vor, die gegen geltendes Wettbewerbsrecht verstößt.

Das Urteil des OLG Hamm belegt, dass ein Ortsname in der Firma oder der Domain nur nach vorheriger intensiver juristischer Überprüfung verwendet werden sollte. Die Frage, ob ein Ortsname in der Firma oder in der Domain geführt werden darf, hängt von den **Umständen des Einzelfalles** ab. Die Abgrenzung ist

mitunter schwierig. Im Domain-Recht gilt keinesfalls uneingeschränkt der Grundsatz „first come first serve“, nach dem es ausschließlich darauf ankommt, wer eine Domain zuerst bei der zuständigen Registrierungsbehörde anmeldet. Die Domain-Bezeichnung darf ganz allgemein nicht gegen geltendes Recht, auch nicht gegen das Wettbewerbsrecht, verstoßen. Die Verwendung von **Gattungsbegriffen** als Domain-Namen – z.B.

„www.mitwohnzentrale.de“ – hat der Bundesgerichtshof für zulässig gehalten. In der Wahl einer bloßen Gattungsbezeichnung liege nämlich lediglich ein Branchenhinweis, der über die Größe und die sonstigen Geschäftsverhältnisse des Domain-Inhabers nichts aussage. Bei der Verwendung eines Ortsnamens in der Firma oder der Domain liegen die Dinge, wie das Urteil des OLG Hamm zeigt, anders.

Europarecht: Droht das Aus für die GmbH?

Mit der GmbH stellt das deutsche Recht eine Gesellschaftsform zur Verfügung, die es erlaubt, die Haftung der hinter der GmbH stehenden Gesellschafter für geschäftliche Risiken auszuschließen. Diese **Haftungsbeschränkung** hat jedoch ihren **Preis**. Die Gesellschafter müssen das **Stammkapital** der GmbH in Höhe von mindestens 25.000,00 € aufbringen. Eine Rückzahlung an die Gesellschafter außerhalb der formellen Liquidation ist unzulässig. Die Grundsätze über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sind Gegenstand einer ausdifferenzierten Rechtsprechung (siehe auch den Beitrag „Rückzahlung von Stammkapital“ in dieser Ausgabe).

Ähnliche Vorschriften wie für die GmbH gelten in den meisten anderen Staaten der Europäischen Union, nicht jedoch in England und Irland. So muß z.B. in England eine „Private Company Limited by Shares“ (**Limited** – Ltd.) zwar ebenfalls ein **Nominalkapital** haben, das jedoch **frei festgelegt** werden kann. Eine Ltd. mit einem Nominalkapital von zwei britischen Pfund ist sowohl zulässig als auch verbreitet.

Es wundert daher nicht, daß Nicht-Briten versuchen, sich die Rechtsform der Ltd. zunutze zu machen. Mit geringem Aufwand wird in England eine Ltd. gegründet und registriert. Die Ltd. meldet dann im Wohnsitzstaat des Gesellschafters eine **Zweigniederlassung** an. Tatsächlich wird sie ausschließlich vom Ort der Zweigniederlassung aus tätig.

Es wundert ebenfalls nicht, daß derartige Aktivitäten in den Staaten, in denen die „Zweigniederlassung“ betrieben wird, auf Mißtrauen stoßen. Dort wird die Konstruktion als das betrachtet, was sie ist: nämlich als **Umgehung des nationalen Kapitalschutzrechts**. Der niederländische Gesetzgeber hat deswegen nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften, die (fast) ausschließlich in den Niederlanden tätig werden wollen, verpflichtet, sich als „formal ausländische Gesellschaft“ in das Handelsregister eintragen zu lassen, was wiederum voraussetzt, daß die „formal ausländische Gesellschaft“ über ein gezeichnetes Kapital und ein Eigenkapital mindestens in der Höhe verfügt, wie es für niederländische Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorgesehen ist (zur Zeit 18.000,00 €). Ähnlich motivierte „Ab-

wehrstrategien“ gab und gibt es in vielen anderen Staaten, auch in Deutschland.

Bemühungen, das Vordringen von „kapitallosen“ ausländischen Gesellschaften einzuschränken, stoßen seit einiger Zeit jedoch auf den erbitterten **Widerstand des Europäischen Gerichtshofs** (EuGH). Dieser sieht die im EG-Vertrag garantierte **Niederlassungsfreiheit** gefährdet. In seiner neuesten Entscheidung vom 30.09.2003 („Inspire Art Ltd.“) hat er die geschilderte niederländische Regelung für gemeinschaftswidrig erklärt. Ein EU-Mitgliedsstaat dürfte die Eintragung einer Zweigniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats gegründete Gesellschaft nicht von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Dabei spielen die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedsstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, daß sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedsstaat der Niederlassung ausübt, keine Rolle. Das gelte auch angesichts der Tatsache, daß die Gesellschaft im vorliegenden Falle **ausschließlich** deswegen in England **gegründet** worden war, um das niederländische **Kapitalschutzrecht** zu **unterlaufen**. Hierin liege **noch kein Mißbrauch** der Freizügigkeitsregeln. Der EuGH setzt damit eine Reihe von Entscheidungen fort, die innerhalb der EU zum weitestgehenden Wegfall aller „Zuzugsbeschränkungen“ für ausländische Gesellschaften führen müssen.

Es ist sicherlich nicht damit zu rechnen, daß nun von heute auf morgen eine Welle von Limiteds auf Deutschland zuläuft. Dagegen werden in vielen Fällen schon geschäftliche Überlegungen sprechen: Das Vertrauen in die Kreditwürdigkeit einer GmbH ist im Wirtschaftsleben schon nicht besonders ausgeprägt – erst recht dürfte einer Ltd. mit Mißtrauen begegnet werden. Mittel- und langfristig wird es aber innerhalb der EU sicherlich zu einem **Wettbewerb der Gestaltungsformen** kommen. Interessierte Kommentatoren haben dem deutschen Kapitalschutzrecht in diesem Wettbewerb schon einen baldigen Tod vorausgesagt. Auch zur Umgehung der paritätischen Mitbestim-

mung könnten sich Überlegungen anbieten, ausländische Gesellschaften zu nutzen.

Zu der Entscheidung des EuGH paßt auch die Meldung, daß der französische Gesetzgeber im August 2003 ein Gesetz verabschiedet hat, das die Gründung einer „**Blitz-S.A.R.L.**“ ermöglicht. Bei dieser Gesellschaft handelt es sich um eine GmbH französi-

schen Rechts, bei der die Gesellschafter ebenfalls — wie bei der Ltd. — das Recht haben, ein **beliebig niedriges Stammkapital** festzulegen. Zweck der französischen Regelung soll die Belebung unternehmerischer Initiative sein - welche Erfahrungen praktisch mit dieser Rechtsform gemacht werden, bleibt abzuwarten. Die Entwicklung bleibt jedenfalls spannend.

Internationales: US-Strafschadensersatzklagen zunehmend erschwert

Immer häufiger werden ausländische Unternehmen in den USA auf geradezu astronomische Schadenersatzzahlungen in Anspruch genommen. Besonders risikoträchtig sind von amerikanischen Anwälten organisierte Bündelungen vieler Kläger in sogenannten **Sammelklagen**. Ein noch so geringer Bezug des Sachverhalts zu den USA reicht oft aus, um die Zuständigkeit eines US-Gerichts zu begründen. Nach europäischem Rechtsempfinden besonders berücksichtigt sind die Strafbzuschläge (**punitive damages**), die häufig ein Zifaches des eigentlichen Schadens erreichen und eine aggressive Prozeßführung als besonders attraktiv erscheinen lassen. Flankiert wird diese Strategie oft mit einem Trommelfeuer von Medienberichten, um **Druck** auf die Beklagten auszuüben und sie schon frühzeitig zu **teuren Vergleichsabschlüssen** zu bewegen.

Nach Presseberichten wird inzwischen in den USA von politischer Seite erwogen, die insbesondere bei Sammelklagen oft astronomisch erscheinenden Strafsachen-Klagen durch **Gesetz zu beschränken**. Einschränkungen kommen aber jetzt offenbar auch aus der Justiz selbst. Der Supreme Court der USA hat – in Fortsetzung seiner jüngeren Rechtsprechung – mit Urteil vom 07.04.2003 eine Entscheidung des Supreme Court of Utah als **exzessiv** und **rechtswidrig** aufgehoben, durch die dem Geschädigten nach einem Verkehrsunfall neben einem vollen Schadenersatzanspruch von 1 Mio. Dollar ein Strafschaden von 145 Mio. Dollar zugesprochen worden war. Der Supreme Court verlangt, daß die Festsetzung von Strafschadenersatz ein **vernünftiges und angemessenes Maß** nicht überschreiten darf. Dabei seien

zu berücksichtigen der Grad des Verschuldens des Verursachers, ein vertretbares Verhältnis zwischen tatsächlichem Schaden und Strafzahlung und – sofern ein Strafverfahren durchgeführt worden war - das gegen den Schadensverursacher verhängte Strafmaß. Wie dem Urteil entnommen werden kann, werden wohl Strafzahlungen in Höhe des einfachen bis vierfachen des tatsächlichen Schadens für angemessen gehalten.

Deutsche Beklagte können auch auf deutsche Gerichte hoffen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat durch Beschluß vom 25.7.2003 der zuständigen Präsidentin des LG Düsseldorf im Wege der einstweiligen Anordnung (vorläufig) untersagt, eine in den USA erhobene Sammelklage in Höhe von 17 Mrd. Dollar wegen Urheberrechtsverletzung dem beklagten deutschen Unternehmen zuzustellen. Die Zustellung der Klage ist Prozeßvoraussetzung und zugleich nach deutschem Recht Voraussetzung für die spätere Anerkennung des ausländischen Urteils in Deutschland. Ausnahmsweise kann – so das BVerfG – die Zustellung abgelehnt werden, wenn eine Klage gegen **unverzichtbare Prinzipien des Rechtsstaats** verstoße und in einer offenkundig **mißbräuchlichen** Art und Weise dazu benutzt werde, um mit publizistischem Druck und dem Risiko einer Verurteilung **einen Marktteilnehmer gefügig zu machen**. Allerdings schützt diese Rechtsprechung den Beklagten nur **innerhalb Deutschlands**. Verfügt er über Vermögen in den USA und gelingt dem Kläger dort die Klagezustellung, so muß der Beklagte sich auf den Prozeß einlassen und ggf. auch die Vollstreckung dulden.

In den einzelnen Beiträgen können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine gründliche Rechtsberatung! Sollten Sie feststellen, daß Sie im Einzelfall Beratungs- oder Handlungsbedarf haben, so bitten wir Sie, Ihren vertrauten Anwalt bei AULINGER Rechtsanwälte anzusprechen oder sich an eines unserer Büros in Bochum oder Essen zu wenden.

Büro Bochum: ABC-Straße 5 44787 Bochum Telefon: +49 (234) 68 77 9-0 Telefax: +49 (234) 68 06 42 eMail: info-bochum@ra-aulinger.de	Dr. Leonhard Aulinger, Notar a.D. Reinhard Knälmann, Notar Hans-Jochen Hütter, Notar Dr. Karlheinz Lenkaitis, Notar Dr. Egon A. Peus, Notar Dr. Matthias Koch	Dr. Andreas Eickhoff, Notar Dr. Volker Weinreich Dr. Achim Tempelmann Dr. Thomas Huesmann Norbert Koch Markus Haggenev	Büro Essen: "Villa Bredeney" Frankenstraße 348 45133 Essen Telefon: +49 (201) 95 98 6-0 Telefax: +49 (201) 95 98 6-99 eMail: info-essen@ra-aulinger.de	Dr. Andreas Lotze Dr. Martin Alberts Dr. Christian Stenneken Stefan Mager
Internet: www.ra-aulinger.de				