

Mandanteninformation

März 2008

Inhalt

Gesellschaftsrecht	Schutz des Stammkapitals der GmbH
Gesellschaftsrecht	Verdeckte Sacheinlage nach dem MoMiG
Gesellschaftsrecht / Compliance	Strafverteidigungskosten für (ehemalige) Mitarbeiter
Unternehmenskauf	Zuordnung von Gewinnbezugsrechten bei Übertragung eines GmbH-Anteils
Privates Baurecht	Bürgschaft und Vereinbarungen zur Verjährung der verbürgten Forderung
Privates Baurecht	Auswirkungen der VVG-Reform für die Baupraxis
Arbeitsrecht	Kündigung von Low Performern / Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit
Arbeitsrecht	Bonuszahlungen bei unterlassener Zielvereinbarung
Öffentliches Wirtschaftsrecht	Informationsfreiheitsgesetz
Energierrecht	Liberalisierung des Zähl- und Messwesens
Vergaberecht	Mehrkosten im Falle der „verzögerten Zuschlagserteilung“
Kartellrecht	Inland als äußerste Bagatellmarktgrenze
Wirtschaftsrecht / Prozessuales	Nichteinigungsalternativen und Prozessrisikoanalysen
Wirtschaftsrecht / Prozessuales	Europarechtliche Vereinfachung des Mahnverfahrens

In eigener Sache

Neuer Notar: Langjährige Kompetenz, fachliche Qualifikation und die praxisgerechte Abwicklung zeichnen unser auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts tätiges Notariat aus. Diese Tradition wird unser Partner Rechtsanwalt und Notar **Dr. Achim Tempelmann** nunmehr fortführen. Ab sofort ist er als **Notar** zugelassen und verstärkt das Team der Bochumer Notare als inzwischen siebter aktiver Partner. Herzlichen Glückwunsch!

Anerkennung als Fachanwalt: Seine langjährige Erfahrung auf dem Gebiet des Handels- und Gesellschaftsrechts hat unser Partner Rechtsanwalt und Notar **Dr. Andreas Eickhoff** nun auch formal dokumentiert. Seit Januar ist er **Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht**.

Der Druckfehlerteufel hat zugeschlagen. Auf Seite 2 unseres Mandantenrundschreibens vom Dezember 2007 hat sich eine 7 verdoppelt. Der Erbschaftsteuertarif bei einem Wert des steuerpflichtigen Erwerbs bis einschließlich 75.000 € wurde so in der Klasse I mit 77 % statt mit 7 % angegeben. Den Fehler werden Sie sicherlich längst bemerkt haben – so gierig ist der Fiskus nun doch nicht. Wir bitten um Entschuldigung!

Diese und unsere früheren Mandanteninformationen haben wir für Sie auch in elektronischer Form im Internet bereitgestellt. Von unserer Homepage www.aulinger.eu können Sie unter der Rubrik „Publikationen“ die Dokumente herunterladen. Gleichzeitig können Sie sich dort auch für die regelmäßige Zusendung unserer Mandanteninformation in elektronischer Form anmelden – natürlich für Sie kostenlos.

Gesellschaftsrecht: Schutz des Stammkapitals der GmbH auch gegenüber der GmbH & Co. KG

Das Recht der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung ist ein zentrales Element der GmbH. Das **Stammkapital muss aufgebracht werden**, und zwar so wie versprochen. Bareinlagen müssen durch Geldzahlung erbracht werden und dürfen

nicht in zeitlichem Zusammenhang mit der Gründung verwendet werden, um Wirtschaftsgüter von den Gesellschaftern zu erwerben (verdeckte Sacheinlage). Bareinlagen dürfen auch nicht **darlehensweise** an die Gesellschafter zurückfließen.

Die Bareinlage gilt in diesem Fall als nicht erbracht (unzulässiges Hin- und Herzahlen). Auch später, wenn also ein Zusammenhang mit der Gründung nicht mehr besteht, dürfen Mittel aus der GmbH nur dann an Gesellschafter fließen, wenn dadurch das Vermögen der Gesellschaft nicht unter den zur Erhaltung des Stammkapitals benötigten Wert sinkt (Grundsatz der **Kapitalerhaltung**). Das gilt wiederum ebenso für Darlehen an Gesellschafter, und zwar auch dann, wenn der Darlehensrückzahlungsanspruch werthaltig ist. Einer verbotenen Zahlung an die Gesellschafter steht es gleich, wenn an **Dritte** gezahlt wird, die den Gesellschaftern wirtschaftlich **zuzurechnen** sind. Das alles ist Stand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH). Sie ist sehr restriktiv: Im Zweifel ist alles verboten, was auch nur von Ferne nach einem Verstoß gegen Kapitalschutzvorschriften riechen könnte.

Auf der Grundlage dieser Rechtserkenntnisse geht es GmbH-Gesellschaftern nun auch in GmbH & Co.-Fällen an den Kragen, die weit verbreitet sind und auf den ersten Blick nichts mit Kapitalschutz zu tun haben. Es geht um den typischen Fall der **beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG**: An der Kommanditgesellschaft sind beteiligt die persönlich haftende GmbH ohne Kapitaleinlage und die Kommanditisten A und B, die gleichzeitig auch alleinige Gesellschafter der GmbH sind. Regelmäßig sind sie auch deren Geschäftsführer, aber darauf kommt es nicht an. Die GmbH hat ausschließlich die Aufgabe, persönlich haftende Gesellschafterin der KG zu sein. Sonst macht sie nichts.

Natürlich hat die GmbH ein Stammkapital, welches durch A und B in voller Höhe erbracht ist. Damit die Mittel nicht nutzlos auf dem Konto der GmbH herumliegen, leitet die GmbH ihr Guthaben als Darlehen an die KG weiter. Die KG wirtschaftet mit dem Geld. Die Geschäfte gehen schief; KG und GmbH werden insolvent. Der Insolvenzverwalter der GmbH klagt nun gegen A und B. Er verlangt die abermalige Einzahlung des Stammkapitals in die Insolvenzmasse der GmbH. Denn die GmbH habe die im Zuge der Gründung eingezahlten Mittel an die KG weitergeleitet. Hinter der KG stehe aber niemand anderes als deren Gesellschafter A und B. Es liege mithin ein Fall des Hin- und Herzählens vor. Die Stammeinlagen seien nicht erbracht.

A und B wenden ein, **wirtschaftlich betrachtet** sei die GmbH & Co. KG eine **Einheit**. Es könne nicht die Rede davon sein, dass Geld des Unternehmens an die Gesellschafter zurückgeflossen sei. Die Einheit komme auch rechtlich zum Ausdruck. Denn die GmbH hafte ja als Komplementä-

rin für alle Verbindlichkeiten der KG. Die Mittel der GmbH seien also genau dahin geflossen, wo sie ohnehin hingehörten, nämlich an die Gläubiger der KG.

Mit dieser Argumentation bekamen A und B in zwei Instanzen Recht, nicht aber vor dem BGH. Durch Urteil vom 10.12.2007 wurden A und B zur erneuten Zahlung der Einlagen in die Insolvenzmasse der GmbH verurteilt. GmbH und KG seien unterschiedliche Gesellschaften. Die KG und ihre Komplementär-GmbH könnten hinsichtlich der Regeln über die Kapitalaufbringung und -erhaltung selbst dann nicht als Einheit behandelt werden, wenn die GmbH neben der Führung der Geschäfte der KG keine weitere Tätigkeit ausübe. Denn auch in diesem Fall könne die GmbH eigene Verbindlichkeiten haben. Außerdem seien die Gläubiger der KG, die die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin in Anspruch nehmen könnten, auf die Haftungsmasse der GmbH angewiesen. Die Solvenz der Komplementär-GmbH dürfe nicht von vornherein von der Solvenz der KG abhängig gemacht werden.

Der BGH hatte über einen Gründungsfall zu entscheiden. Ob dieselben Grundsätze auch dann gelten, wenn die GmbH zu einem späteren Zeitpunkt aus ihren Mitteln Darlehen an die KG gewährt, hat der Bundesgerichtshof offen gelassen. Angesichts seiner eindeutigen Rechtsprechung seit 2003 dürften hieran freilich keine Zweifel bestehen.

Dem BGH ist zuzugeben, dass sein Urteil konsequent auf der von ihm auch sonst vertretenen Linie liegt. Es erspart auch die Mühe, zwischen verschiedenen Konstellationen zu differenzieren. So wäre beispielsweise zu unterscheiden zwischen dem vom BGH entschiedenen Fall und der Situation, in der die GmbH weitere Funktionen hat, etwa an mehreren KGs beteiligt ist oder einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält.

Befriedigen kann das Urteil trotzdem nicht. Kaufleute betrachten die GmbH & Co. KG als Einheit. Nicht umsonst heißt es im allgemeinen Sprachgebrauch, ein **Unternehmen werde „in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG“ betrieben**. Auch haben die Gesellschafter A und B im entschiedenen Fall ja nichts von der Einlagenrückgewähr gehabt. Alle Mittel standen den Gläubigern zur Verfügung. Es mussten also erst spitzfindige Juristen her, um A und B darüber aufzuklären, dass sie zwar ein einheitliches Unternehmen, aber zwei Gesellschaften haben und dass die GmbH auch dann ihr Geld nicht ins Unternehmen stecken darf, wenn sie es sonst gar nicht braucht. Aber auch juristisch bleiben Zweifel. Denn: Wie

wäre der BGH-Fall zu entscheiden, wenn die GmbH am Gesellschaftskapital der KG beteiligt gewesen wäre und ihre Mittel als „Einlage“ geleistet hätte? Und wie, wenn die GmbH ihr Geld nicht als Darlehen an die KG gegeben, sondern mit diesem Geld **Wirtschaftsgüter** (Maschinen, Büroeinrichtung, Kfz) **angeschafft** und diese der KG (gegen angemessenes Entgelt) **zur Nutzung überlassen** hätte? Jedenfalls der zweiten Konstellation kommt man mit der Begründung des BGH nicht bei. Das wirtschaftliche Ergebnis im Falle eines Scheiterns der Unternehmung ändert sich aus Gläubigersicht freilich nicht.

Was tun? Die Darlehensfälle sind weit verbreitet. Man kann daran denken, Fehler der Vergangenheit zur bereinigen: Die KG zahlt (vorausgesetzt, sie hat die erforderlichen Mittel) das Darlehen an die GmbH zurück. Dadurch wird jedenfalls die ursprüngliche Einlageschuld der Gesellschafter getilgt. Die GmbH nimmt die nächsten anstehenden Investitionen in das Unternehmen vor und vermietet das, was angeschafft wurde, an die KG.

Eine ausnahmsweise durchaus gangbare Alternative besteht indessen darin, **gar nichts zu tun**. Denn der **Gesetzgeber verspricht Abhilfe**. Im Rahmen der anstehenden GmbH-Modernisierung sollen Darlehen der Gesellschaft an Gesellschafter wie auch sonstige Leistungen künftig dann zulässig sein, wenn sie durch **vollwertige Gegen-**

leistungs- oder Rückgewähransprüche gedeckt sind. Das gilt ausdrücklich auch für diejenigen Fälle im Rahmen der Gründung, die die Rechtsprechung bisher als verbotenes „Hin- und Herzahlen“ der Stammeinlage ansieht. Und es gilt **rückwirkend**, also auch für Leistungsvorgänge aus der Vergangenheit, die im Licht der BGH-Rechtsprechung heute als „Betriebsunfälle“ angesehen werden müssen. Selbst wenn der Insolvenzverwalter schon geklagt hat, soll der Unfallschaden repariert werden. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn es bereits ein rechtskräftiges Urteil oder eine (wirksame) Vereinbarung über die erneute Einzahlung gibt. Und natürlich kommt die geplante Neuregelung nur denjenigen zugute, die ihr Unternehmen seriös geplant und geführt haben. Wenn ein Unternehmen von vornherein zum Scheitern verurteilt war, dann war das Darlehen der GmbH an die KG eben nicht in vollem Umfang werthaltig, und die Darlehenshingabe blieb verboten. In solchen Fällen müssen uns die handelnden Gesellschafter aber nicht leid tun.

Die Neuregelung soll **Mitte des Jahres** in Kraft treten. Wer bis dahin durchhalten kann, sollte das tun. Nur A und B haben Pech gehabt: Sie sind noch auf der Grundlage des bisherigen Rechts rechtskräftig verurteilt worden und werden zahlen müssen.

Dr. Andreas Eickhoff

Verdeckte Sacheinlage: Grundlegende Veränderungen durch das MoMiG

In der Vergangenheit berichteten wir bereits mehrfach über die beabsichtigte Einführung des **Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**. Neben der weithin bekannten Herabsetzung des Mindeststammkapitals einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und der Einführung der Unternehmergesellschaft wird durch das MoMiG auch die bislang auf Richterrecht basierende Figur der **verdeckten Sacheinlage** kodifiziert.

Im Kern geht es um folgendes: Sowohl bei der Gründung einer GmbH als auch bei Kapitalerhöhungen sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, die übernommene Einlage statt in Geld durch eine **Sacheinlage** zu leisten. Eine solche **Sacheinlage** kann aus Gegenständen, aus Rechten (zum Beispiel Patenten), aus Forderungen oder aus einem Betrieb bestehen. Die Sacheinlage hat den Reiz, dass keine liquiden Mittel aufgewandt werden müssen, um die Einlage zu leisten. Dies ist nach bisheriger Rechtslage so und wird auch weiterhin so bleiben.

Um sicherzustellen, dass der Wert der Sacheinlage auch tatsächlich dem übernommenen Einlagebetrag entspricht, knüpft das Gesetz **strenge Voraussetzungen** an ihre Erbringung: So müssen Gegenstand und Betrag der Sacheinlage in der Satzung oder im Kapitalerhöhungsbeschluss verankert und die Einlage vor der Anmeldung zum Handelsregister vollständig erbracht sein. Weiterhin unterliegt die Sacheinlage einer **Werthaltigkeitskontrolle**: der tatsächliche Wert muss bei der Gründung einer GmbH durch einen Sachgründungsbericht und bei der Kapitalerhöhung auf Anforderung gegenüber dem Handelsregister nachgewiesen werden. Eine Sacheinlage bringt deshalb deutlichen Mehraufwand im Vergleich zur Bareinlage mit sich, insbesondere wenn ein ganzer Betrieb eingebracht werden soll und eine Unternehmensbewertung angefertigt werden muss.

Wer als Gesellschafter dem Mehraufwand durch die Erbringung einer Bareinlage und anschließende Rückführung des zuvor bar eingelegten Betrages durch Kauf des eigentlich einzulegenden

Wirtschaftsgutes zu entgehen suchte, sah sich in einer späteren Insolvenz seiner Gesellschaft Nachforderungsansprüchen des Insolvenzverwalters aufgrund des Vorwurfs einer verdeckten Sacheinlage ausgesetzt. Die geschuldete Bareinlage war – da an den Gesellschafter zurückgeflossen – nicht nachhaltig erbracht; die eigentlich gewollte Sacheinlage nicht offen ausgewiesen. Die richterrechtlich entwickelten Rechtsfolgen solcher Konstellationen sind drastisch: Während die **Pflicht zur Erbringung der Bareinlage fortbesteht** und der Gesellschafter vom Insolvenzverwalter auf erneute Leistung der vollen Bareinlage in Anspruch genommen wird, wird er hinsichtlich des letztlich an die Gesellschaft geleisteten Gegenstandes auf einen **Rückforderungsanspruch** verwiesen. Regelmäßig wird der geleistete Gegenstand nicht oder nicht unverändert im Gesellschaftsvermögen verblieben sein; anstelle der tatsächlichen Rückgewähr durch die Gesellschaft bzw. den Insolvenzverwalter tritt dann ein bloßer Wertersatzanspruch, der in der Insolvenz nur im Rahmen der üblichen geringen Quoten befriedigt wird.

Diese weithin als drakonisch empfundene Rechtsfolge hat den Gesetzgeber nunmehr bewogen, die **verdeckte Sacheinlage** mit dem **MoMiG** neu zu regeln. Sollte die gesetzliche Regelung – wie erwartet – noch in diesem Frühjahr in Kraft treten, bekommt die verdeckte Sacheinlage Erfüllungswirkung. Das bedeutet, dass der Gesellschafter die Einlagepflicht schon mit der Zahlung der Bareinlage erfüllt und von seiner Verpflichtung zur nochmaligen Leistung der Einlage frei wird. Er kann also nicht mehr doppelt belangt werden. **Einzigste Rechtsfolge** der verdeckten Sacheinlage wird ebenso wie bei der offenen Sacheinlage eine **Differenzhaftung** für die Fälle sein, dass der ver-

deckt eingelegte Vermögenswert dem Wert der Bareinlage nicht entspricht. Der Differenzhaftungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter wird einer 10jährigen Verjährungsfrist unterliegen, binnen derer der Gesellschafter, der eine nicht voll werthaltige verdeckte Sacheinlage geleistet hat, von einem potentiellen Insolvenzverwalter auf Leistung der Wertdifferenz in Geld in Anspruch genommen werden kann.

Im Ergebnis besteht zukünftig ein faktisches Wahlrecht, ob die Einlage als offene Sacheinlage mit Erfüllung aller Formvorschriften oder als verdeckte Sacheinlage erbracht wird. Zu berücksichtigen ist aber die dem Gesellschafter im Insolvenzfall obliegende Beweislast für die Werthaltigkeit seiner verdeckten Einlage. Es wird im Einzelfall abzuwägen sein, ob die aktuelle Zeit- und Kostenersparnis durch Erbringung einer verdeckten Sacheinlage gegenüber dem Risiko, innerhalb der 10-jährigen Verjährungsfrist gegenüber einem potentiellen Insolvenzverwalter in Beweisnot zu geraten, überwiegt. Steht die Werthaltigkeit eines Einlagegegenstandes, z.B. aufgrund vorhandener objektiver Wertgutachten, nachweislich außer Frage, kann die Wahl einer verdeckten Sacheinlage eine sachgerechte Beratungsempfehlung sein. Obwohl die dargestellten Folgen schon jetzt als „Gestaltungsfehlreiz“ geißelt werden, kann sich das „Damoklesschwert“ der verdeckten Sacheinlage mit Inkrafttreten des **MoMiG** durchaus in ein ernstzunehmendes Gestaltungsinstrument wandeln. Wer aber unter steuerlicher **Buchwertfortführung** Betriebsvermögen in eine GmbH einbringen will, dem bleibt weiterhin nur die offene Sacheinlage.

Dr. Markus Haggenev / Sebastian Hauptmann

Gesellschaftsrecht/Compliance: Übernahme der Kosten einer Strafverteidigung zugunsten (ehemaliger) Mitarbeiter

Nach einer jüngst bekannt gewordenen Entscheidung des Oberlandesgerichts (OLG) Hamm vom 05.12.2006 ist es zulässig, dass ein **Unternehmen** (dort war es eine GmbH) gegenüber einem Rechtsanwalt, den ein ehemaliger Mitarbeiter als seinen **Verteidiger** bestellt hat, die Zahlung des **Rechtsanwaltshonorars** übernimmt.

Im konkreten Fall hatten Steuerfahndung und Staatsanwaltschaft einem leitenden Mitarbeiter der GmbH vorgeworfen, er habe strafrechtlich mitgewirkt an **Steuerhinterziehung** – es ist von „Schwarzbier-Lieferungen“ die Rede. Der Mitarbeiter war leitender Angestellter im Außendienstbereich gewesen, und die Handlungen, die ihm

als strafbar zur Last gelegt wurden, hatte er im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen ausgeführt.

In jüngster Zeit sind in der öffentlichen Erörterung Bedenken gegen derartige Kostenübernahmen vorgetragen worden. Manche meinen, es sei ein „Skandal“, dass ein Unternehmen etwa eine Rechtsschutzversicherung einschließlich Strafverteidigerrechtsschutz für leitende Mitarbeiter oder Geschäftsführer auf Unternehmenskosten abschließt. Oder anders gewendet: Die Geschäftsführung würde Untreue begehen, für die Verteidigung eines Mitarbeiters, dem Straftaten zur Last

gelegt werden, auch noch Geld der Gesellschaft auszugeben.

Mit wünschenswerter Deutlichkeit weist das OLG Hamm derartige Auffassungen zurück und hebt hervor: Von Strafvereitelung kann bei Bezahlung oder Bestellung eines Verteidigers schon deswegen keine Rede sein, weil ein Verteidiger als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ tätig wird und „einen staatlich gebundenen Vertrauensberuf“ ausübt. Jedem Angeschuldigten, Beschuldigten und auch Angeklagten steht es zu, im Verfahren – nämlich einem staatlich geordneten Verfahren – sich eines Rechtsanwalts als Verteidiger zu bedienen. Wenn – wie hier – der Vorwurf eine Tätigkeit im Rahmen des Anstellungsverhältnisses betreffe, so komme sogar kraft Fürsorgepflicht als Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Finanzierung einer Verteidigung in Betracht. Jedenfalls bestehe ein **berechtigtes Interesse** des Unternehmens daran, dem Arbeitnehmer einen Verteidiger zur Seite zu stellen. Die Durchführung eines Strafverfahrens könne einen Schaden für das Unternehmen herbeiführen. Im Streitfall konnte für das Unternehmen das Risiko bestehen, je nach Ergebnis des Strafverfahrens gegen die Mitarbeiter selbst wegen Steuerhinterziehung in Anspruch genommen zu werden.

Was das OLG Hamm gar nicht mehr weiter auszuführen brauchte: Bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung hat grundsätzlich jeder Angeklagte als **unschuldig** zu gelten. Es geht also nicht an, zu argumentieren, die Geschäftsführung finanziere die Verteidigung eines Kriminellen oder eines Straftäters. Ob der vormalige Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat, steht frühestens nach dem Urteil des Strafgerichts fest. Und selbst der dem

Grunde nach geständige Angeklagte hat immer noch das Recht, durch einen Verteidiger auf eine strenge rechtsstaatliche Prüfung der Anschuldigung hinzuwirken.

Die Unternehmensführung darf sich damit in weitem Umfang dazu entscheiden, auch die bestmögliche Verteidigung von Mitarbeitern zu finanzieren. Dem steht nicht entgegen, dass je nach Lage der Dinge anstellungsrechtlich Konsequenzen gegen den beschuldigten Mitarbeiter gezogen werden dürfen und vielleicht auch müssen; das können sein vorläufige Amtsenthebung, Kündigung oder auch Kündigung aus wichtigem Grunde. Andererseits kann es durchaus im Unternehmensinteresse liegen, Organmitglieder oder Mitarbeiter dann zu schützen, wenn ein strafrechtlicher Vorwurf zwar nicht ihre dienstliche Tätigkeit betrifft, wohl aber die Publikumswirksamkeit eines öffentlichen Gerichtsverfahrens die Funktion und Verfügbarkeit eines Organmitglieds oder wichtigen Mitarbeiters für das Unternehmen gefährden können. In solchen Fällen wird freilich vorsichtiger abzuwägen sein; immerhin ist hier die Anstellung nicht die Ursache für das vorgeworfene Verhalten.

Damit erschließt sich auch der gute Sinn von **Versicherungen**, die Unternehmen zugunsten ihrer Organmitglieder und eventuell auch leitenden Mitarbeiter abschließen können. Strafrechtliche Risiken sind dermaßen breit gestreut, dass viele Anwärter für verantwortungsvolle Positionen in Unternehmen im Rahmen ihrer Anstellung eine angemessene Rechtsschutzdeckung gerade auch für Strafverteidigung erwarten.

Dr. Egon Peus

Gesellschaftsrecht: Handelsrechtliche und steuerrechtliche Zuordnung von Gewinnbezugsrechten bei der Veräußerung von GmbH-Anteilen

Bei der Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen stellt sich immer wieder die Frage, wie der auf die Zeit bis zur Anteilsübertragung entfallende Gewinn zwischen Veräußerer und Erwerber zu verteilen ist. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem anhand gesellschaftsrechtlicher Maßstäbe zu beurteilenden Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft, dem zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber sowie dem Steuerrecht.

Gesellschaftsrechtlich ist das Gewinnbezugsrecht untrennbar mit der Gesellschafterstellung verbunden: Nur wer im Zeitpunkt eines **Gewinnverwendungsbeschlusses** Gesellschafter ist, kann einerseits über die Verwendung des Jahresüber-

schusses Beschluss fassen und andererseits den Gewinn einer GmbH beanspruchen. Dies gilt auch, wenn im laufenden Geschäftsjahr erst **nach einer Anteilsübertragung** der Jahresabschluss des vergangenen Geschäftsjahres festgestellt und über die Gewinnverwendung Beschluss gefasst wird. Das Gewinnbezugsrecht für das Vorjahr steht in diesem Fall gesellschaftsrechtlich ausschließlich dem Anteilserwerber zu. Der Veräußerer hat keine Ansprüche gegen die Gesellschaft.

Anders sieht die Rechtslage bezüglich der Gewinne aus Vorperioden aus, über die bereits Beschluss gefasst wurde und die lediglich noch nicht ausgekehrt sind. Hier hat sich das **Gewinnbe-**

zugsrecht bereits in einen **Auszahlungsanspruch des Altgesellschafters** gegen die Gesellschaft konkretisiert, den dieser geltend machen, aber auch gesondert abtreten kann.

Im Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber ist häufig eine zeitanteilige **Gewinnabgrenzung** gewollt. Sie entspricht auch der gesetzlichen Zurechnungsregel. Treffen Veräußerer und Erwerber eines Gesellschaftsanteils keine vertragliche Regelung, so stehen Gewinne im Innenverhältnis wirtschaftlich demjenigen zu, der zu dem Zeitpunkt Gesellschafter gewesen ist, zu welchem die Gewinne erwirtschaftet worden sind. Dies gilt nicht nur bei unterjährigen Anteilsübertragungen, sondern betrifft auch Gewinne, die bereits in früheren Geschäftsjahren erzielt, aber noch nicht zur Ausschüttung gelangt sind. Da – siehe oben – nur der Neugesellschafter den Anspruch gegen die Gesellschaft geltend machen kann, hat der veräußernde Altgesellschafter einen schuldrechtlichen **Ausgleichsanspruch** gegen den Erwerber des Geschäftsanteils. Dieser Ausgleichsanspruch des Veräußerers gegen den Erwerber ist jedoch ein stumpfes Schwert: Er geht ins Leere, wenn der Gewinn der GmbH nicht ausgeschüttet, sondern in der Gesellschaft thesauriert wird.

Dringend erforderlich ist also, im Rahmen der Anteilsübertragung eine vertragliche Regelung herbeizuführen, nach der die gewünschte Abgrenzung alter und neuer Gewinne erreicht wird. Der Veräußerer hat es in der Hand, da es zu der Anteilsübertragung nur mit seiner Mitwirkung kom-

men kann, durch vertragliche Vereinbarungen mit dem Erwerber seine Rechte zu wahren, auch wenn erst nach seinem Ausscheiden der Gewinnverwendungsbeschluss für zurückliegende Perioden gefasst wird. Dabei existieren unterschiedliche Gestaltungsvarianten. Am einfachsten ist es, die zeitlich vor der Anteilsübertragung erzielten Gewinne unmittelbar in die **Kaufpreiskalkulation** für den GmbH-Geschäftsanteil mit einfließen und sie vom Erwerber mit kaufen zu lassen. Möglich ist auch, dass die GmbH den dem Grunde nach feststehenden Gewinn noch im alten Geschäftsjahr an den ausscheidenden Gesellschafter im Wege einer **Vorabausschüttung** auskehrt.

Von der wirtschaftlichen Zuordnung der Gewinne zu unterscheiden ist die **steuerrechtliche Betrachtung**, die sich weitgehend an den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben orientiert. Dividenden werden als **Einkünfte aus Kapitalvermögen** generell demjenigen zugerechnet, dem die Anteile im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zustehen. Gewinnausschüttungen, die erst nach Anteilsübertragung beschlossen werden, sind hiernach auch dann vom Erwerber zu versteuern, wenn sie zivilrechtlich noch dem Veräußerer zustehen, der Erwerber sie also nicht behalten darf oder nicht ausbezahlt erhält. Auf der anderen Seite kann auch der Veräußerer die von dem Erwerber an ihn abgeführten Gewinne nicht ohne weiteres steuerfrei vereinnahmen, sondern hat diese als nachträglichen **Veräußerungsgewinn** steuerlich zu erfassen.

Martin Plappert

Privates Baurecht: Bürgschaft und Vereinbarungen zur Verjährung der verbürgten Forderung – Falle für den Bauherrn!

Nahezu alle Bauverträge enthalten eine Vereinbarung zur Sicherung von Mängelansprüchen des Bauherrn (**Sicherungsvereinbarung**). Danach ist der Bauherr berechtigt, zur Sicherung von Mängelansprüchen **5% der Nettoschlussrechnungssumme** für die Dauer der gesetzlichen – oder der davon abweichenden vertraglich vereinbarten – Verjährungsfrist einzubehalten; der Unternehmer ist berechtigt, den Einbehalt gegen **Übergabe einer Bürgschaft** in entsprechender Höhe abzulösen. Regelmäßig macht der Unternehmer von dem Ablösungsrecht Gebrauch. Um nach Abnahme und Schlussrechnungsstellung den vollen Werklohn zu erhalten, übergibt er dem Bauherrn die vertraglich vereinbarte Bürgschaft.

Für Mängelansprüche des Bauherrn gilt mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarungen eine **Verjährungsfrist von fünf Jahren**, beginnend mit der Abnahme der Werkleistung des Unternehmers. Macht der Bauherr Mängelansprüche erst nach Ablauf dieser Frist geltend, kann der Unternehmer die Verjährungseinrede erheben. Der Bauherr kann seine Ansprüche dann gegen den Unternehmer nicht durchsetzen. Die **Bürgschaft** teilt das Schicksal der gesicherten Ansprüche. Wird der Bürge in einem solchen Fall vom Bauherrn aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, ist auch er berechtigt, die dem Unternehmer zustehende Verjährungseinrede zu erheben; auch die Bürgschaftsforderung ist dann nicht durchsetzbar.

Aus unterschiedlichen Gründen kann es sinnvoll sein und wird häufig auch praktiziert, dass Bauherr und Unternehmer die **Verjährungsfrist** innerhalb des ursprünglich vereinbarten Zeitraums von fünf Jahren **verlängern** oder, mit demselben Ergebnis, der Unternehmer befristet auf die **Erhebung der Einrede der Verjährung** zu Mangelansprüchen des Bauherrn **verzichtet**. Zu solchen Vereinbarungen hat der BGH mit Urteil vom 18.09.2007 entschieden, sie seien für den Bürgen irrelevant. Für den Bürgen ist allein der Bauvertrag mit seinem Inhalt zum **Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft**, also zum **Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages**, maßgebend. Inhaltliche Änderungen des Bauvertrages nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages muss der Bürge nicht gegen sich gelten lassen. Kann sich der Unternehmer aufgrund einer vom Bauvertrag abweichenden Vereinbarung oder eines Einredeverzichts gegenüber Mangelansprüchen des Bauherrn nicht auf die Einrede der Verjährung berufen, ist der Bürge dennoch berechtigt, im Falle seiner **Inanspruchnahme aus der Bürgschaft** gegenüber dem Bauherrn die **Verjährungseinrede** zu erheben und Zahlung zu verweigern.

Für den Bauherrn ist das Urteil des BGH dann von praktischer Bedeutung, wenn der **Unternehmer insolvent** wird. Dann steht dem Bauherrn zur Realisierung seiner Mangelansprüche allein die Bürgschaft zur Verfügung. Nimmt er die Bürgschaft erst zu einem Zeitpunkt in Anspruch, in dem die gesetzliche bzw. ursprünglich vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist zwar abgelaufen ist, der Unternehmer sich aber aufgrund einer nachträglichen Fristverlängerung bzw. eines befristeten Einredeverzichts nicht auf Verjährung berufen kann, geht der Bauherr dennoch leer aus – der **Bürge** kann die **Einrede der Verjährung** erheben!

Fazit: Trifft der Bauherr mit dem Unternehmer eine vom Gesetz bzw. den vertraglichen Vereinbarungen abweichende und die Verjährungsfrist verlängernde Vereinbarung, muss er den Bürgen in diese Vereinbarung mit einbeziehen. Anderenfalls ist sie gegenüber dem Bürgen nicht bindend. Gleiches gilt für eine die Erhebung der Einrede der Verjährung betreffende befristete Verzichtserklärung des Unternehmers.

Hans-Jochen Hütter

Privates Baurecht: Auswirkungen der VVG-Reform für die Baupraxis

Am **01.01.2008** ist ein **grundlegend erneuertes Versicherungsvertragsgesetz (VVG)** in Kraft getreten. Es findet Anwendung auf alle ab dem 01.01.2008 abgeschlossenen Verträge. Für früher abgeschlossene Verträge gilt das VVG erst, wenn der Versicherungsfall nach dem 31.12.2008 eintritt. Für Versicherungsfälle, die bis zum 31.12.2008 eintreten, beurteilt sich die Rechtslage bei Altverträgen weiterhin nach dem bisherigen VVG.

Durch die Reform des VVG ergeben sich auch einige **Änderungen für die Baupraxis:**

Abschaffung des Alles-oder-Nichts-Prinzips

Das Alles-oder-Nichts-Prinzip ist abgeschafft worden. Der Versicherer wird jetzt nur noch bei einer vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung bzw. bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles vollständig leistungsfrei. Für den Fall der **groben Fahrlässigkeit** ist eine **Quotenteilung** eingeführt worden. Danach ist der Versicherer nur noch berechtigt, seine Leistungen in einem der Schwere des Verschuldens des Versi-

cherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Bei Obliegenheitspflichtverletzungen trägt die **Beweislast** für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit der **Versicherungsnehmer**.

Abschaffung des Abtretungs- und Anerkenntnisverbots

In der Haftpflichtversicherung lief der Versicherungsnehmer bisher bei einem **Verstoß gegen das Anerkenntnisverbot** Gefahr, den Versicherungsschutz zu verlieren. Dies ist jetzt nicht mehr der Fall. Eine **Vereinbarung**, nach welcher der **Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet** ist, wenn ohne seine Einwilligung der Versicherungsnehmer den geschädigten Dritten befriedigt oder dessen Anspruch anerkennt, ist nun **unwirksam**. Ein Anerkenntnis des Versicherungsnehmers entfaltet für den Versicherer nach wie vor allerdings keine Bindungswirkung mit der Folge, dass dieser nur das leisten muss, was er ohne das Anerkenntnis hätte leisten müssen. Künftig kann auch die **Abtretung des Freistellungsanspruchs** des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer an den geschädigten Dritten durch Allgemeine

Versicherungsbedingungen **nicht** mehr **ausgeschlossen** werden.

Einführung eines Direktanspruchs gegen den Haftpflichtversicherer in bestimmten Fällen

Bisher existierte ein Direktanspruch des geschädigten Dritten gegenüber dem Versicherer nur bei der Kfz-Haftpflichtversicherung. Jetzt besteht ein **Direktanspruch des geschädigten Dritten** gegen den Haftpflichtversicherer bei allen Pflichtversicherungen im Falle der **Insolvenz des Versicherungsnehmers** oder wenn der **Aufenthalt des Versicherungsnehmers unbekannt** ist. Das betrifft im Baurecht vor allem Architekten und Ingenieure. Nach neuer Rechtslage kann z. B. der Bauherr direkt gegen den Haftpflichtversicherer vorgehen, wenn der Architekt insolvent geworden ist. Weitergehende Überlegungen, Direktansprüche gegen den Versicherer einzuführen, sind allerdings nicht Gesetz geworden.

Abschaffung der Klagefrist und Angleichung der Verjährungsfrist an das allgemeine Zivilrecht

Die **Klagefrist** des § 12 Abs. 3 VVG a.F., wonach

der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei wurde, wenn der Versicherungsnehmer seinen Anspruch auf die Versicherungsleistung nicht innerhalb von **sechs Monaten** nach schriftlicher Ablehnung durch den Versicherer gerichtlich geltend machte, ist **ersatzlos weggefallen**. Dasselbe gilt für die **zweijährige Verjährungsfrist** des § 12 Abs. 1 VVG a.F. für Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag. Die Verjährung von Ansprüchen aus dem Versicherungsvertrag richtet sich jetzt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. **Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag** unterliegen danach der regelmäßigen **Verjährungsfrist von drei Jahren**.

Einführung eines Gerichtsstandes am Wohnsitz des Versicherungsnehmers.

Für Klagen aus dem Versicherungsvertrag ist nun auch das Gericht **örtlich zuständig**, in dessen Bezirk der Versicherungsnehmer zur **Zeit der Klageerhebung** seinen **Wohnsitz** hat. Für Klagen gegen den Versicherungsnehmer ist dieses Gericht jetzt ausschließlich zuständig.

Dr. Marco Krenzer

Neues zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Kündigung von Low Performern / Aufhebungsverträge ohne Sperrzeit

Der Umgang mit leistungsschwachen Arbeitnehmern stellt Arbeitgeber oft vor Schwierigkeiten. Was eine „Minderleistung“ und wann sie noch hinnehmbar ist, wird vom betroffenen Arbeitnehmer in der Regel völlig anders gesehen als von seinen Kollegen oder vom Arbeitgeber. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat mit einem aktuellen Urteil erneut versucht, Regeln für eine Kündigung wegen Schlechtleistung zu schaffen, die auch in der Praxis handhabbar sind.

Ob und wie gekündigt werden kann, hängt vor allem von der Ursache der Schlechtleistung ab. Ist die Störung in gesteigerten Anforderungen des Arbeitsplatzes begründet, etwa weil der Mitarbeiter der neu eingeführten IT intellektuell nicht gewachsen ist, kann eine **betriebsbedingte Kündigung** in Betracht kommen. Wenn der Mitarbeiter ohne eigenes Verschulden nicht in der Lage ist, seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachzukommen, weil zum Beispiel seine Leistungsfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen nachgelassen hat, ist an eine **personenbedingte Kündigung** zu denken. Bemüht sich der Arbeitnehmer dagegen trotz Abmahnung gar nicht erst hinreichend, ist eine **verhaltensbedingte Kündigung** gerechtfertigt.

Der Arbeitgeber steht meist vor dem Problem, dass er die Ursachen einer Schlechtleistung nicht kennt und daher das Vorliegen eines Kündigungsgrundes nicht beweisen kann. Das BAG hilft mit seinem Urteil vom 17.01.2008 dadurch, dass es unter bestimmten Umständen dem Arbeitnehmer eine Rechtfertigungspflicht auferlegt. Zu Grunde lag der Fall einer Verpackerin in einem Versandhaus, deren Fehlerquote über einen längeren Zeitraum dreimal so hoch war wie die vergleichbarer Kräfte. Wenn ein solcher **Nachweis einer dauerhaft deutlich überdurchschnittlichen Fehlerquote** erbracht ist, so das BAG, muss der Arbeitnehmer beweisen, weshalb entweder die **Vergleichszahlen nicht aussagekräftig** sind oder warum er trotz der Abweichung vom Üblichen seine **persönliche Leistungsfähigkeit** ausschöpft. Begründet der Arbeitnehmer seine Minderleistung mit einer Krankheit, kann eine personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein. Denkbar sind aber auch vom Arbeitgeber zu vertretende Gründe wie z.B. eine mangelnde Einarbeitung. Diese Hindernisse sind vom Arbeitgeber abzustellen und rechtfertigen naturgemäß keine Kündigung.

Fazit: Sind Leistungen oder Fehlerquoten objektiv mess- und vergleichbar, ist bei massiven Abweichungen von der Norm eine Kündigung durchaus möglich. Das Argument, „einer muss immer der Schlechteste sein“, hilft also nicht immer. Allerdings ist die Vergleichsgruppe sorgsam zu wählen; schlechtere Ausbildung, höheres Alter, weniger Erfahrung, unter Umständen aber auch eine erheblich geringere Vergütung können dafür sprechen, dass auch nur geringere Leistungen verlangt werden können. Zudem muss vor einer Kündigung versucht werden, den Mitarbeiter sowohl durch Schulungen als auch durch Abmahnungen zu besseren Ergebnissen zu bringen.

Wo keine Vergleichbarkeit hergestellt werden kann, muss eine Kündigung auf konkrete Pflichtverstöße gestützt werden. Vielfach kann auch auf betriebliche Gründe zurückgegriffen werden, wenn durch Umstrukturierung oder Zusammenlegung von Bereichen die Stelle gänzlich gestrichen werden kann.

Gerade wenn die Schlechtleistung erst nach längerer Beschäftigungsdauer bei gestiegenen Anforderungen auftritt, empfiehlt sich trotz der Beweiserleichterungen oft eine einvernehmliche

Trennung. Eine Änderung der Arbeitsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit (BA) hat dafür grundlegende Erleichterungen geschaffen: bei **Abschluss eines Aufhebungsvertrages** werden **keine Sperrzeiten** wegen Aufgabe des Arbeitsplatzes mehr verhängt, wenn folgende Voraussetzungen eingehalten werden: Zahlung einer **Abfindung zwischen 0,25 und 0,5 Bruttomonatsgehältern** pro Beschäftigungsjahr, Einhaltung der **ordentlichen Kündigungsfrist** sowie Bestätigung, dass ohne die Aufhebung eine **betrieblich bedingte Kündigung** erfolgt wäre. Dies gilt zwar nicht für ordentlich unkündbare Mitarbeiter und solche mit besonderem Kündigungsschutz, insbesondere schwerbehinderte Arbeitnehmer. In allen anderen Fällen aber können Arbeitgeber und Arbeitnehmer nunmehr wieder eine Kündigung durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages vermeiden und sich den aufwändigen Weg über gerichtliche Vergleiche oder einseitige Abfindungsangebote ersparen. Einzelheiten zu diesen und anderen Fragen im Zusammenhang mit Kündigungen werden wir vertieft auf unserem diesjährigen Arbeitsrechtsfrühstück behandeln (siehe Veranstaltungshinweise).

Inken Hansen

Arbeitsrecht: Bonuszahlung bei unterlassener Zielvereinbarung

Eine Vielzahl von Arbeitsverträgen, insbesondere bei Vertriebsmitarbeitern oder Führungskräften, sehen Bonuszahlungen im Falle des Erreichens bestimmter Ziele vor. Häufig enthalten die Arbeitsverträge lediglich Rahmenvereinbarungen, die dem Arbeitnehmer Bonuszahlungen für den Fall gewähren, dass er die von den Arbeitsvertragsparteien gemeinsam für das jeweilige Geschäfts-/Kalenderjahr gesondert festzulegenden Ziele erreicht. Bislang von der Rechtsprechung nicht geklärt waren die Rechtsfolgen, wenn der Abschluss einer solchen konkreten **Zielvereinbarung** aus Gründen, die der Arbeitgeber zu vertreten hat, unterbleibt. Einigkeit bestand lediglich darüber, dass allein das Fehlen einer derartigen konkreten Zielvereinbarung nicht dazu führen kann, dass der Arbeitnehmer den Bonusanspruch verliert, da es dann allein der Arbeitgeber in der Hand hätte, durch die Verweigerung der Zielvereinbarung den Anspruch des Arbeitnehmers auf den Bonus zu beseitigen.

Von Teilen der Rechtsprechung und Literatur wurde in der Vergangenheit angenommen, dass im Falle des **Unterlassens einer Zielvereinbarung** die Festlegung der Ziele durch Urteil erfolgen könne oder die Ziele nachträglich im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmen

seien. Daraus resultiert dann ggf. ein Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) geht demgegenüber in einer aktuellen Entscheidung vom 12.12.2007 davon aus, dass dem Arbeitnehmer in einem solchen Fall grundsätzlich ein **Schadenersatzanspruch** zusteht. Maßstab für die Ermittlung des dem Arbeitnehmer zu ersetzenden Schadens ist die für den Fall der Zielerreichung vereinbarte Bonuszahlung, sofern insoweit Summen angegeben worden sind.

Sofern unter den Parteien streitig ist, ob dem Arbeitnehmer ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich dieser beläuft, hat das Gericht hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden. Zu berücksichtigen ist hierbei nach Auffassung des BAG, dass Zielbonusssysteme der Mitarbeitermotivation dienen und der Bonus seine Funktion als zusätzlicher Anreiz nur erfüllt, wenn realistische Ziele vereinbart werden, die der Arbeitnehmer grundsätzlich erfüllen kann. Hat auch der Arbeitnehmer es zu vertreten, dass keine Zielvereinbarung getroffen wurde, ist dieses Mitverschulden zu berücksichtigen.

Im Gegensatz zum BAG hatte das Landesarbeitsgericht noch angenommen, dass die Höhe der dem Arbeitnehmer zustehenden Bonuszahlung zu schätzen sei, wobei davon ausgegangen werden könne, dass die Parteien, unabhängig von den Regelungen im Detail, Ziele vereinbart hätten, die der Arbeitnehmer ähnlich wie im Vorjahr hätte erfüllen können. Das BAG hat diese Auffassung mit der Begründung abgelehnt, dass eine derartige ergänzende Vertragsauslegung bereits deshalb nicht in Betracht komme, weil die Parteien durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung bereits deutlich gemacht hätten, dass die Ziele und deren Gewichtung für jede Periode durchaus unterschiedlich sein können, so dass dieser Wille der Vertragsparteien zu achten sei. Nach Auffassung des BAG kommt daher nur ein Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers gem. § 280 BGB in Betracht. Dieser Schadenersatzanspruch setze **dem Grunde nach eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers**, nämlich das Unterlassen des Abschlusses einer Zielvereinbarung voraus. Wenn eine solche Pflichtverletzung festgestellt werden kann, zählt zum **Schadenumfang** auch der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erreichbar wäre. Diesbezüglich enthält dieses Gesetz insoweit eine **Beweiserleichterung für den Arbeitnehmer**, als dieser nur die Umstände darzulegen hat, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Hat der Arbeitgeber schuldhaft kein Zielvereinbarungsgespräch mit dem Arbeitnehmer geführt, sei – so das BAG – davon auszugehen, dass ein Arbeitnehmer die vereinbarten Ziele erreicht hätte, sofern nicht besondere Umstände diese Annahme ausschlös-

sen. Derartige besondere Umstände hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen.

Allerdings bedarf es auch der **Mitwirkung des Arbeitnehmers** an der Zielvereinbarung. Sofern der Arbeitnehmer ein vom Arbeitgeber angebotenes Zielvereinbarungsgespräch ablehnt, verletzt er seinerseits eine vertragliche Nebenpflicht und verliert den Anspruch. Das BAG geht weiter davon aus, dass den Arbeitnehmer, sofern er es unterlässt, den Arbeitgeber zum Abschluss einer Zielvereinbarung aufzufordern, ein Mitverschulden trifft, das den Schadenersatzanspruch angemessen mindert.

Da es in der Praxis häufig unterlassen wird, die konkreten Zielvereinbarungen jeweils zeitnah zu treffen, sollte aus Arbeitgebersicht **von Rahmenvereinbarungen** gänzlich **abgesehen** werden; es empfiehlt sich vielmehr, **individuelle Zielvereinbarungen** für das **jeweilige Kalender- bzw. Geschäftsjahr** abzuschließen, aus denen der Arbeitnehmer keine Ansprüche für etwaige Folgejahre herleiten kann. Sofern Rahmenvereinbarungen unter Motivationsgesichtspunkten gleichwohl abgeschlossen werden, sollten diese jedenfalls eine **Obergrenze** für den Bonus beinhalten, um hier für den Fall einer unterlassenen Vereinbarung das Arbeitgeberrisiko zu minimieren, da anderenfalls das Arbeitsgericht den Schaden des Arbeitnehmers nach freiem Ermessen bestimmen kann.

Dr. Achim Tempelmann

Öffentliches Wirtschaftsrecht - Informationsfreiheitsgesetz

Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Frankfurt vom 23.01.2008 lässt aufhorchen. Inwieweit gibt es noch Verschwiegenheitspflichten von Behörden über Unternehmensinterna?

Im Streitfall hatte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin) Prüfverfahren über vermutete Unregelmäßigkeiten und Gesetzesverstöße von börsennotierten Unternehmen betrieben. Eine Anwaltskanzlei, die sich darauf spezialisierte, geschädigte Anleger gegen Unternehmen und deren Repräsentanten zu vertreten, hatte nun sich auf ein im Januar 2006 in Kraft getretenes Gesetz berufen und umfangreiche Informationen von der Bafin verlangt. Da die Bafin eine Bundesbehörde ist, gilt in der Tat das Bundesgesetz „zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes“, es wird auch **„Informationsfreiheitsgesetz“** (IFG) genannt. Das IFG betrifft nur Bundesbehörden. Prompt wurden aber auch Länderge-

setze erlassen, so dass es gleichartige Informationsansprüche auch gegen Länderbehörden gibt.

Eine Tageszeitung erweckte am Folgetag des Urteils den Eindruck: „Bafin darf Auskunft verweigern“. Die Klägerin sei jedenfalls mit einer Klage auf uneingeschränkte Einsicht gescheitert. Das Verwaltungsgericht selbst sieht das nach seiner Presseinformation ganz anders: Der Klage sei „weitgehend stattgegeben“ worden. So muss man das wohl auch sehen.

Die Behörde hatte schon auf die außergerichtliche Aufforderung hin ohne weiteres beispielsweise mitgeteilt, in der Tat gebe es ein laufendes verwaltungsrechtliches Verfahren wegen Verstoßes zweier namentlich genannter Unternehmen gegen Pflichten im Zusammenhang mit Insider-Informationen. Es wurde das Aktenzeichen dieses verwaltungsrechtlichen Verfahrens mitgeteilt, und die

Bafin teilte weiter auf die Anfrage mit, es dauere auch ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren weiter an.

Das reichte den Antragstellern aber nicht, und das Verwaltungsgericht Frankfurt/Main hat, so vorab in der Pressemitteilung, der Klage „weitgehend“ stattgegeben. Berichtet wird, dass die klagenden Interessenten dem Grundsatz nach auch direkt die behördlichen Akten einsehen dürften. Das Gericht hat allerdings die Revision (Sprungrevision) zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen.

Wie immer im weiteren Rechtsstreit die Grenzen im Einzelnen gezogen werden: Das Gesetz als solches ist deutlich genug. **Im Grundsatz hat „jeder“ Zugang zu allen Behördeninformationen.** Der Schutz für private Unternehmen ist schwach ausgestaltet. Mögen echte „Betriebsgeheimnisse“ geschützt sein – die Behörde und das anzuhörende Unternehmen müssen sich erst einmal darauf berufen und das sehr präzise dem Gericht darlegen. Jedem Unternehmer muss sofort klar sein: Hier gibt es **ein Einfallstor** für Interessenten, die nicht unbedingt zum Wohl des Unternehmens tätig sind. Es gilt, sich das bewusst zu machen und beim Kontakt mit Behörden darauf zu achten. Alles, was einmal zur Behörde in Papierform zur Akte gereicht worden ist, droht, Außenstehenden bekannt zu werden.

Nun muss man in gewissen Verwaltungsverfahren Pläne, technische Spezifikationen und ver-

gleichbare Unterlagen bei der Behörde einreichen. Anzuraten ist zunächst, in Zukunft sorgfältig zu prüfen, wie viel eingereicht werden muss. Die Einzelheiten sollten notfalls rechtzeitig, vor Einreichung der Unterlagen, mit Behördenvertretern besprochen und abgestimmt werden. Eine vernünftige Behördenvertretung, die man notfalls auf das Risiko späterer Geltendmachung solcher Informations-„Freiheits“-Ansprüche aufmerksam macht, sollte Verständnis dafür haben, dass ein Unternehmen nur so wenig wie möglich Informationen in die Behördenakte gelangen lassen möchte. Kommt man nach diesem Austausch aber zum Ergebnis, dass sich die Einreichung bestimmter Informationen, z.B. Pläne, Betriebsbeschreibungen, Angabe von Einsatzstoffen, zur Behördenakte nicht vermeiden lässt, so ist dann wenigstens darauf zu achten, alles möglichst umfassend, Blatt für Blatt ausdrücklich abzustempeln mit dem Hinweis: **„Betriebsgeheimnis/vertraulich/ausschließlich zur Verwendung durch die Behörde – Ausschluss der Weitergabe an Dritte“.** Eine Garantie gegen spätere Weitergabe ist das nicht – macht dann aber wenigstens auf die Problematik und die Beurteilung durch das Unternehmen ausdrücklich aufmerksam.

Ansatzweise ist die Handhabung einer solchen Kennzeichnung erprobt im Verwaltungsverfahren bei EU-Behörden. Die deutsche Praxis muss sich dazu noch einspielen. Jedenfalls aber sind derartige Kennzeichnungen dringend zu empfehlen.

Dr. Egon Peus

Energierecht: Liberalisierung des Zähl- und Messwesens

Der **Messstellenbetrieb** (Einbau, Betrieb und Wartung von Messeinrichtungen) im Strom- und Gasbereich ist bereits heute für den Wettbewerb geöffnet. Für diese Dienstleistung ist zwar grundsätzlich der Netzbetreiber zuständig, die Zuweisung steht jedoch unter dem Vorbehalt einer „anderweitigen“ Vereinbarung des Anschlussnutzers mit einem Dritten. Die **Messung** (Ab- und Auslesung der Messgeräte) war bislang ausschließlich dem Netzbetreiber zugewiesen, da von der gesetzlich schon nach bisheriger Rechtslage vorgesehen Möglichkeit, diesen Bereich durch eine Rechtsverordnung ebenfalls für den Wettbewerb zu öffnen, kein Gebrauch gemacht wurde.

Die Bundesregierung hat sich im Dezember 2007 für die vollständige **Öffnung des Zähl- und Messwesens** für den Wettbewerb ausgesprochen. Die entsprechende Änderung des § 21b EnWG, die Gegenstand der Bundesratssitzung am 15.02.2008 war, sieht nunmehr vor, dass auf

Wunsch des betroffenen Anschlussnutzers nicht nur der Messstellenbetrieb, sondern auch die **Messung durch einen Dritten** durchgeführt werden kann. Die für den Messstellenbetrieb bereits vorhandene Marktöffnung wird damit gesetzlich auf den Bereich der Messung erweitert. Der Gesetzgeber verspricht sich durch die Gesetzesänderung preisliche Vorteile für die Verbraucher und technische Innovationen beim Zähl- und Messwesen und sieht Anreize, Konzepte für intelligente Netze zu fördern. Ferner sollen die Verbraucher in die Lage versetzt werden, ihren Eigenverbrauch zu steuern. Vor diesem Hintergrund soll die Marktöffnung durch ein Monitoring, auch in Bezug auf den Einsatz moderner Zählertechnologien, begleitet werden.

Der Messstellenbetrieb und die Ab- und Auslesung der Messeinrichtungen sind erforderlich, um einem Kunden die für den gewährten **Netzzugang** sowie für die **gelieferte Energie** zu zahlen-

den Entgelte **in Rechnung stellen** zu können. Bislang führt der Netzbetreiber die Messung durch; er verwendet die Messdaten für die Fakturierung des Netzzugangs und stellt sie im Übrigen dem Energielieferanten für die Abrechnung der Energielieferung zur Verfügung. Im Falle der Messung durch einen Dritten muss dieser die Messdaten nunmehr dem Netzbetreiber und dem Energielieferanten übermitteln.

Nach der gesetzlichen Neufassung kann ein Anschlussnehmer verlangen, dass der Messstellenbetrieb bzw. die Messung von einem Dritten erbracht wird. **Voraussetzung für einen Wechsel** ist, dass auch bei Durchführung des Messstellenbetriebs und der Messung durch den Dritten der einwandfreie und den eichrechtlichen Vorschriften entsprechende Betrieb der Messeinrichtung und eine ordnungsgemäße Messung gewährleistet ist. Zusätzlich ist erforderlich, dass die Messeinrichtungen den von dem Netzbetreiber einheitlich für sein Netzgebiet vorgesehenen technischen Mindestanforderungen, auch in Bezug auf Datenumfang und Datenqualität, genügen. Bei einer Messung durch einen Dritten muss zudem die Weitergabe der Messdaten an die berechtigten Marktteilnehmer gewährleistet sein, damit eine fristgerechte und vollständige Abrechnung gewährleistet wird.

Messstellenbetreiber und Netzbetreiber sind verpflichtet, die Aufgabenwahrnehmung durch den Dritten mit diesem in einem Messstellenvertrag bzw. Messvertrag zu regeln. Der Dritte unterliegt künftig denselben Verpflichtungen in Bezug auf die **Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen** wie ein Netzbetreiber. Das Interesse am Schutz solcher Informationen besteht damit unabhängig davon, ob der Netzbetreiber oder ein Dritter über derartige Informationen verfügt. Endet der **Messstellenvertrag** bzw. der **Messvertrag** oder fällt der Dritte aus sonstigen Gründen aus, sind die betroffenen Aufgabenbereiche wieder unmittelbar durch den Netzbetreiber zu erfüllen.

Einzelheiten kann die Bundesregierung durch eine **Rechtsverordnung** mit Zustimmung des Bundesrates regeln. In der Verordnung können insbesondere die Bedingungen für den Messstellenbetrieb und die Messung sowie die technischen Mindestanforderungen für Messeinrichtungen für alle Marktteilnehmer einschließlich des Netzbetreibers vorgegeben werden. Daneben kann bestimmt werden, unter welchen Voraussetzungen die Messung von einem anderen als dem Messstellenbetreiber durchgeführt werden kann. Damit ist eine Trennung der Aufgaben des Messstellenbetriebs und der Messung auch künftig nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings ist anzunehmen, dass der Dritte ein Interesse daran haben wird, Messstellenbetrieb und Messung in einer Hand durchzuführen. Weitere mögliche Inhalte einer Rechtsverordnung sind u.a. die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Beteiligten, der Vertragsbestimmungen sowie der Übermittlung der Messdaten.

Für eine Verordnung über die Rahmenbedingungen für den Messstellenbetrieb und die Messung liegt bereits ein **Referentenentwurf** vom 9. November 2007 vor. Der Entwurf enthält Vorgaben zur inhaltlichen Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen dem Netzbetreiber und dem Dritten. Ferner regelt er die Anforderungen an den Messstellenbetrieb sowie die Art und Durchführung der Messung und den Datenaustausch mit dem Netzbetreiber. Der Referentenentwurf setzt zudem den Rahmen für die Übernahme von Messstellenbetrieb und Messdienstleistung durch einen anderen als den Netzbetreiber. Der Referentenentwurf zur Messzugangsverordnung ist nicht Gegenstand des Gesetzespakets zur Öffnung des Messwesens. Die Messzugangsverordnung wird erst nach Abschluss des Ordnungsverfahren – voraussichtlich Mitte 2008 – in Kraft treten. In dem weiteren Verfahren sind noch Änderungen des Referentenentwurfes zu erwarten.

Dr. Christian Stenneken / Dr. Hans-Christoph Thomale

Vergaberecht: Die „verzögerte Zuschlagserteilung“ – Kann der ausgewählte Bieter seine Mehrkosten geltend machen?“

Die Durchführung von Vergabeverfahren ist aufgrund der Regelungsdichte des geltenden Rechts fehleranfällig. Zugleich können unterlegene Bieter die Rechtmäßigkeit von Ausschreibungen gerichtlich nachprüfen lassen. Dies führt in der Konsequenz immer häufiger zu Verzögerungen bei der Zuschlagserteilung. Gerade bei Bauvergaben können sich hieraus „unmögliche“ Ausführungs-

fristen ergeben. Zudem ist es oftmals nicht von der Hand zu weisen, dass sich in der Zwischenzeit zu Lasten der Bieter Veränderungen in deren Kalkulationsgrundlage ergeben haben, z.B. erhebliche Preisanstiege bei benötigten Baustoffen.

Die öffentlichen Auftraggeber werden in solchen Fällen nicht selten versucht sein, den Auftragneh-

mer an seinem bezuschlagten Angebot mit dem ursprünglich kalkulierten Preis festzuhalten. Auf den ersten Blick erscheint dies plausibel. Denn kommt es zu einem Nachprüfungsverfahren, erklären sich die Bieter in aller Regel mit einer **Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist** einverstanden, halten also ihr ursprüngliches Angebot weiterhin aufrecht. Eine wirkliche Wahl bleibt ihnen dabei – wollen sie im Rennen um den Auftrag bleiben – allerdings nicht, da der Versuch der preislichen Angebotsanpassung während eines förmlichen Vergabeverfahrens im Hinblick auf das **Nachverhandlungsverbot** äußerst problematisch wäre.

Trotz einzelner auftraggeberfreundlicher Entscheidungen, zuletzt Urteil des Landgerichts (LG) Essen vom 15.11.2007, sind betroffene Bieter jedoch gut beraten, diese Sichtweise nicht ohne weiteres hinzunehmen. Berufen können sie sich dabei insbesondere auf eine instruktive Entscheidung des Oberlandesgerichts (OLG) Hamm zum Mehrvergütungsanspruch eines Bauunternehmers wegen einer in die Zeit nach dem ursprünglichen Ende der Zuschlagsfrist fallenden Erhöhung der Stahlpreise. In der Begründung seiner Entscheidung betont das Gericht, die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens oder andere in den Risikobereich des Bestellers fallende Umstände, die eine Vergabe verzögern, dürften dem Unternehmer **nicht zum Nachteil** gereichen.

Erfolgt der Zuschlag aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens zeitlich verzögert und werden die ursprünglich vorgesehenen Fertigstellungstermine dadurch obsolet, so ist auf Basis dieser Rechtsprechung die Zustimmung eines Bieters zur **Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist** nicht als stillschweigender Verzicht auf ein künftiges Mehrpreisverlangen nach Zuschlagserteilung zu verstehen. Die Zustimmung schafft lediglich eine Vertrauensgrundlage für den Auftraggeber, dass der Bieter weiterhin bereit ist, den Auftrag entsprechend seinem Angebot auszuführen, soweit sich dessen Grundlagen nicht nachweislich geändert haben.

Sollen die ursprünglich dem Angebot zugrunde liegenden Bauzeiten nach dem übereinstimmenden Verständnis der Vertragsparteien nicht mehr gelten – wovon jedenfalls bei einer deutlichen Verzögerung der Vergabe auszugehen sein dürfte – handelt es sich bei der Zuschlagserteilung nicht mehr um die Annahme des favorisierten Angebotes, sondern um ein **verändertes Angebot** (mit neuen Bauzeiten) seitens des öffentlichen Auftraggebers. Kann diesem neuen Angebot nicht entnommen werden, dass dem Unternehmer das Recht eingeräumt wird, einen veränderten Preis

für seine Leistung zu verlangen, hat der Unternehmer drei Möglichkeiten:

Er kann zum einen das veränderte Angebot ohne Vorbehalt annehmen, wodurch sich nur die Bauzeit, nicht aber die Vergütung ändert. Zum anderen kann er das neue Angebot des Auftraggebers mit der Folge ablehnen, dass kein Vertrag zustande kommt. Schließlich kann er das veränderte Angebot seinerseits hinsichtlich der Vergütung unter Berücksichtigung seiner Kalkulation und der zwischen dem ursprünglich vorgesehenen und dem tatsächlichen Zuschlag eingetretenen vergütungsrelevanten Veränderungen **modifizieren**. Der Auftraggeber (Besteller) ist dann unter Berücksichtigung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses der Parteien und der daraus resultierenden Kooperationspflicht gehalten, das modifizierte Angebot anzunehmen, wenn keine triftigen Gründe zur Ablehnung existieren. Der Auftragnehmer kann – jedenfalls wenn die Vertragsdurchführung unter Anwendung der VOB/B vereinbart worden ist – entsprechend seines **Anpassungsanspruchs** im Falle der **Änderung von Preisgrundlagen durch Eingriffe des Auftraggebers** unter Berücksichtigung von Treu und Glauben eine neue Preisabsprache verlangen. Grundsätzlich ist der geänderte Preis dabei als Fortschreibung der ursprünglichen **Kalkulation unter Berücksichtigung der Mehrkosten** vor-kalkulatorisch zu ermitteln.

Wird dieser Weg beschritten, darf der Unternehmer folgende Gesichtspunkte nicht übersehen: Ein Anspruch auf Mehrvergütung kommt selbstverständlich nur in Betracht, soweit sich die Kalkulationsgrundlagen **nach Ablauf** der ursprünglichen **Zuschlags- und Bindefrist** ändern. In der Phase zuvor trägt der Bieter das Risiko, dass seine Kalkulation richtig ist und sich seine dem Angebot zugrunde liegenden Erwartungen erfüllen. Der Auftragnehmer muss ein etwaiges Mehrpreisverlangen wegen einer verzögerten Zuschlagserteilung innerhalb einer **angemessenen Reaktionsfrist** geltend machen. Das OLG Hamm hat insoweit einen Zeitraum von zwei Wochen noch akzeptiert. Anderenfalls läuft der Auftragnehmer Gefahr, dass sein Schweigen als Zustimmung zur Angebotsannahme ohne Mehrvergütung gewertet wird. Offen gelassen, aber als zweifelhaft bezeichnet hat das Gericht im Übrigen die Frage, ob der Auftragnehmer bei der Preisanpassung auch Kostenverringerungen infolge der neuen Bauzeiten zu berücksichtigen hat.

Abschließend ist zu betonen, dass für den öffentlichen Auftraggeber im Falle eines Mehrvergütungsverlangens kein unbegrenzter Kontrahierungszwang besteht. Gerade mit Blick auf die

haushaltsrechtlichen Prinzipien von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, an die die öffentliche Hand gebunden bleibt, muss ihr die Möglichkeit verbleiben, von einem Vorhaben Abstand zu neh-

men, wenn dieses aufgrund der gestiegenen Kosten **wirtschaftlich nicht mehr tragbar** erscheint.

Carsten Kießling, Mag.rer.publ.

Kartellrecht: Inland als äußerste Bagatellmarktgrenze

Für fusionskontrollrechtlich anmeldepflichtige Unternehmenszusammenschlüsse existieren im deutschen Kartellrecht zwei Ausnahmen, bei deren Vorliegen nicht der Weg zum Bundeskartellamt beschritten werden muss. Dies betrifft zum einen die sogenannte de-minimis-Schwelle, welche eingreift, wenn das zu erwerbende Unternehmen konzernunabhängig ist und im letzten abgelaufenen Geschäftsjahr weltweit weniger als 10 Mio. Euro Umsatz erzielt hat, und zum anderen einen **Zusammenschluss auf einem** so genannten **Bagatellmarkt**. Letzterer soll vorliegen, wenn ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder Dienstleistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr **weniger als 15 Mio. Euro** umgesetzt wurden. Da der Wortlaut der „Bagatellmarktklausel“ keine Auskunft über die räumliche Erstreckung des für die Umsatzberechnung zu berücksichtigenden Marktes gibt, war lange Zeit offen, welche **territorialen Umsätze** (weltweit, europaweit oder deutschlandweit) in die Berechnung einzubeziehen sind. Nun hat der Bundesgerichtshof entschieden (Beschluss vom 25.09.2007 – Sulzer/Kelmix), dass für die Bagatellmarktklausel lediglich auf die **in der Bundesrepublik erzielten Umsätze** abzustellen ist.

Der Entscheidung, die im Wege eines Eilverfahrens ergangen ist, lag eine Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes zugrunde. Das Amt vertrat die Auffassung, dass der räumliche Markt bei Anwendung der Bagatellmarktklausel wie bei der **allgemeinen Marktdefinition** ausschließlich **nach ökonomischen Gesichtspunkten** zu beurteilen und mithin nicht allein auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sei. Handele es sich um in räumlicher Hinsicht europaweit abzugrenzende Märkte, müssten bei der Anwendung der Bagatellmarktklausel sämtliche europaweit erzielten Umsätze in die Addition einbezogen werden. Das Bundeskartellamt versuchte insoweit, die Abgrenzungskriterien des Bundesgerichtshofes zur Marktdefinition aus dessen Beschluss in Sachen „Staubsaugerbeutelmarkt“ fruchtbar zu machen, mit dem der BGH unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bis dato erfolgten Rechtsprechung festgestellt hatte, dass der räumlich relevante Markt im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle nach ökonomischen Kriterien abgegrenzt und nicht mehr aus normativen Gründen auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland

als größtmöglich relevanter Markt beschränkt werden müsse.

Bereits die auf den Untersagungsbeschluss ergangene Entscheidung des **Oberlandesgerichts Düsseldorf** (Beschluss vom 05.03.2007) erkannte stattdessen darauf, dass der Markt, auf den bei der Anwendung der Bagatellmarktklausel abzustellen ist, sich stets **nur auf das Inland** beschränke. Zweck der Bagatellmarktklausel sei, Fälle mit geringer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung in der BRD von der Fusionskontrollpflicht freizustellen. Der Bundesgerichtshof folgte im durch das Amt eingeleiteten Rechtsbeschwerdeverfahren dieser Auffassung. Der BGH ergänzte insoweit, dass die durch die 7. GWB-Novelle nicht veränderte Schwelle von 15 Mio. Euro sich nicht auf räumlich relevante europäische oder gar weltweite Märkte beziehen könne, da anderenfalls Zusammenschlüsse auf Märkten geprüft und ggf. untersagt werden müssten, die einen **im Inland bedeutungslosen Bereich betreffen**. Würde bereits auf der formellen Prüfungsebene der Fusionskontrolle ausschließlich auf eine rein ökonomische Betrachtungsweise abgestellt werden, würden in **unverhältnismäßiger Weise** insbesondere im Ausland ansässige Unternehmen zur Durchführung eines Notifizierungsverfahrens bei dem BKartA gezwungen werden.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist zu begrüßen. Sie schafft **Rechtssicherheit** hinsichtlich der bislang viel diskutierten Marktdefinition. Positiv sind hiervon nicht nur die Ressourcen des Kartellamtes betroffen, da sich die Behörde auf gesamtwirtschaftlich wesentliche Märkte konzentrieren kann. Auch und vor allem die **Anmelde-lasten der Unternehmen werden gesenkt**. Denn die auf den Inlandsumsatz beschränkte Anwendung der Bagatellmarktklausel enthebt die Unternehmen bei **Auslandsakquisitionen** vielfach der **Last einer zusätzlichen Inlandsanmeldung**. Da die unbegründete Unterlassung einer Anmeldung vor Vollzug eines Vorhabens zur Unwirksamkeit geschlossener Verträge und zur Festsetzung von Bußgeldern führen kann, sollte allerdings trotz dieser positiven Nachrichten **in jedem Einzelfall** genau geprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Anmeldepflicht gegeben sind.

Dr. Stefan Mager

Wirtschaftsrecht: Nichteinigungsalternativen und Prozessrisikoanalyse

Verhandlungen gelangen häufig an einen Punkt, an dem sich die Beteiligten überlegen, welche Alternativen für sie in Betracht kommen, wenn keine zufrieden stellende Einigung erzielt wird. **Rationales Verhandeln** erfordert einerseits, dass solche Nichteinigungsalternativen überhaupt in den Blick genommen werden. Denn wer im Fall der Nichteinigung Handlungsmöglichkeiten hat, die für ihn günstiger sind als die realisierbaren Einigungsoptionen, wird von einer Einigung Abstand nehmen. Andererseits müssen Risiken und Chancen der **Nichteinigungsalternativen realistisch bewertet** werden. Eine bloß intuitive Einschätzung führt regelmäßig zu einer überoptimistischen oder auch übersteigert negativen Bewertung.

Gerade bei kontroversen Verhandlungen über wirtschaftlich relevante Konflikte ist die Einleitung eines Rechtsstreit oft eine oder gar die in Frage kommende Alternative. In komplexen Wirtschaftskonflikten wird ein Prozess aber mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden sein. Um sich selbst vor einer zu positiven oder negativen Einschätzung der Erfolgsaussichten zu schützen, bietet sich eine **Prozessrisikoanalyse** an. Hierbei wird der Versuch unternommen, die Verfahrensaussichten mit entscheidungstheoretischen Werkzeugen möglichst detailliert abzuschätzen und den Erwartungswert des Rechtsstreits zu berechnen.

Der Erwartungswert eines unsicheren Ereignisses ist das Produkt aus dem Wert des Ereignisses (wenn es eintritt) und seiner Eintrittswahrscheinlichkeit. Veranschaulichen lässt sich dies anhand des Erwartungswertes einer Lotterie. Sie erhalten 1 €, wenn eine geworfene Münze auf Zahl fällt. Der **Erwartungswert** dieser Lotterie beträgt $\frac{1}{2} \times 1 \text{ €} = 50 \text{ Cent}$. Treten mehrere unsichere Ereignisse in Folge auf, die kumulativ zu erfüllen sind, sind ihre Wahrscheinlichkeiten zu multiplizieren. Setzt eine erfolgreiche Lotterieteilnahme also voraus, dass die Münze zweimal nacheinander auf Zahl fällt, dann beläuft sich der Erwartungswert auf $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times 1 \text{ €} = 25 \text{ Cent}$. Die Teilnahme an der Lotterie gegen Zahlung von 30 Cent wäre demnach irrational.

Ebenso lassen sich die **Risiken von Rechtsstreitigkeiten** bewerten und die zugehörigen **Erwartungswerte** berechnen. Nehmen wir an, Kaufmann A nimmt Kaufmann B wegen einer Pflichtverletzung auf Schadenersatz in Höhe von 100.000,00 € in Anspruch. A erwägt eine Schadenersatzklage. Er bewertet die Wahrscheinlich-

keit, dass das Gericht von einer für seinen Anspruch erforderlichen Pflichtverletzung des B überzeugt sein wird, mit 80 %. A ist sich jedoch unsicher, ob sein Anspruch bereits verjährt ist. Das Risiko beziffert er mit 50 %. Kaufmann B macht verhandlungsweise ein Angebot auf Zahlung von 45.000,00 €. A überlegt, ob er das Angebot von B annehmen soll.

Da beide Ereignisse (Pflichtverletzung durch B; keine Verjährung des Anspruchs) kumulativ eintreten müssen, liegt die Wahrscheinlichkeit, den Rechtsstreit zu gewinnen, bei $\frac{8}{10} \times \frac{5}{10} = \frac{4}{10}$. Der Erwartungswert des Prozesses beträgt demnach $\frac{4}{10} \times 100.000,00 \text{ €} = 40.000,00 \text{ €}$; er liegt unter dem Vergleichsangebot des B. Für A könnte daher die Annahme des Vergleichsangebots günstig sein, zumal in der Berechnung bislang noch nicht die Kosten der Prozessführung berücksichtigt wurden. Für eine **vollständige Analyse** wären auch noch weitere Faktoren in den Blick zu nehmen. Einzukalkulieren wäre jedenfalls das Ausfallrisiko, welches sich realisiert, wenn B im Laufe des Verfahrens insolvent wird. Ebenso müsste der rechnerische Erwartungswert des Prozesses über die wahrscheinliche Verfahrensdauer **abgezinst** werden. Daneben sind auch sonstige **Transaktionskosten** (z.B. **Ressourcenbindung** im langwierigen Rechtsstreit) in den Blick zu nehmen. Schlussendlich bleibt jenseits aller Wahrscheinlichkeitsmomente die **individuelle Risikobereitschaft** des A ein wesentlicher Faktor. Nach Auswertung der genannten Analyseparameter kann diese aber zumindest auf besserer Tatsachengrundlage hinterfragt oder auch bestätigt werden.

In einfach gelagerten Fällen lässt sich eine Prozessrisikoanalyse ohne viel Aufwand erstellen. In komplizierten Konflikten erfolgt die Analyse regelmäßig unter Einsatz von **Entscheidungsbäumen** und entsprechender **Softwaretools**. Sie ist dann mit einigem Aufwand verbunden, kann jedoch von um so größerem Nutzen sein: Während die intuitive Einschätzung der Erfolgsaussichten bei einer Vielzahl unsicherer Faktoren schnell an ihre Grenzen stößt, zwingt die Prozessrisikoanalyse zu einer relativ genauen Vergegenwärtigung der einzelnen Unwägbarkeiten. Die Berechnung des Erwartungswertes ermöglicht dann eine realistischere Einschätzung der Erfolgsaussichten.

Cornelius Kruse, LL.M.

Zivilrecht: Europarechtliche Vereinfachung des Mahnverfahrens

Für die Beitreibung unbestrittener Ansprüche stellt das deutsche Recht neben dem normalen Zivilprozess das vereinfachte Mahnverfahren zur Verfügung. Es kann national sowie unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen neuerdings auch grenzüberschreitend betrieben werden, wenn der Schuldner seinen Sitz oder Wohnsitz in einem der folgenden Länder hat: Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Israel, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, Zypern.

Grundvoraussetzung für ein **grenzüberschreitendes Mahnverfahren** ist die **internationale Zuständigkeit** deutscher Gerichte. Danach sind deutsche Gerichte auch für das Mahnverfahren international zuständig, wenn die Parteien einen deutschen Erfüllungsort oder einen deutschen Gerichtsstand vertraglich vereinbart haben. Möglich ist das auch aufgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen, wenn diese wirksam in das Vertragsverhältnis einbezogen wurden.

Wenn der Schuldner seinen Sitz oder **Wohnsitz im Ausland** hat, ist für das Mahnverfahren das Amtsgericht örtlich zuständig, das auch für das

streitige Verfahren zuständig wäre. Das Mahnverfahren ist in diesen Fällen ausnahmsweise von Anfang an am Hauptsachegericht zu betreiben, es sei denn, es existiert in dem Bezirk des örtlich zuständigen Amtsgerichts ein zentrales Mahngericht. Dann ist dieses zuständig.

Das Mahnverfahren wird mit den handelsüblichen Vordrucken beantragt. Weiterhin muss die Zuständigkeit der deutschen Gerichte belegt werden. Daher müssen Gerichtsstandsvereinbarungen bzw. Vereinbarungen über den Erfüllungsort vorgelegt werden. Die Widerspruchsfrist gegen den Mahnbescheid beträgt nicht wie im Inland zwei Wochen, sondern einen Monat.

Auch die Vollstreckung eines Vollstreckungsbescheides im europäischen Ausland ist seit Oktober 2005 vereinfacht worden. Mit dem sogenannten **europäischen Vollstreckungstitel** für unbestrittene Forderungen entfällt das Vollstreckbarer-Erklärungsverfahren, das bislang aufgrund seiner erheblichen Kosten die grenzüberschreitende Vollstreckung behinderte. Es ist nun grundsätzlich möglich, aus dem deutschen Vollstreckungsbescheid unmittelbar im europäischen Ausland zu vollstrecken.

Martin Plappert

Veranstaltungen (Seminare etc.) unter Beteiligung von Referenten von AULINGER Rechtsanwälte:

11. März 2008: Dr. Andreas Lotze / Dr. Hans-Christoph Thomale, „Aktuelle Entwicklungen der kartell- und zivilrechtlichen Energiepreiskontrolle“, weitere Referenten: Peter Hoeltzenbein, Bundeskartellamt; Markus Steurer, Regulierungsmanager Infra Fürth; Haus der Technik, Essen.

10. / 11. April 2008: Dr. Andreas Lotze / Carsten Kießling, „Crash-Kurs Vergaberecht 2008 und Fokus Vergaberecht 2008“, Haus der Technik, Essen.

19. und 21. Mai 2008: Arbeitsrechtsfrühstücke in Bochum und Essen zum Schwerpunktthema „Rechtssichere Beendigung von Arbeitsverhältnissen“. Alle weiteren Details können Sie rechtzeitig im Internet unter www.aulinger.eu/Veranstaltungen erfahren.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Andreas Lotze / Dr. Hans-Christoph Thomale	„Neues zur Kontrolle von Energiepreisen: Preismisbrauchsaufsicht und Anreizregulierung“, WuW, 2008 (Heft 3), Seite 253 ff.
Dr. Karlheinz Lenkaitis / Dr. Andreas Eickhoff	Mitherausgeber bzw. Autor in: „Praxishandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht“, NOMOS-Verlag, 2008
Carsten Kießling, Mag.rer.publ.	„Vergabe erobert Stadtplanung“, ZfK 3/2008, Seite 12

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.

Für Fragen, Anregungen und Kritik zu diesem Mandantenrundschreiben stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung.

Redaktion: Dr. Andreas Eickhoff / Dr. Markus Hageney

Büro Bochum:
ABC-Straße 5 | 44787 Bochum
Telefon: +49 (234) 68 77 9-0
Telefax: +49 (234) 68 06 42
eMail: info-bochum@aulinger.eu
Internet: www.aulinger.eu

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, Notar
Dr. Achim Tempelmann
Dr. Thomas Huesmann
Inken Hansen
Dr. Marco Krenzer

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@aulinger.eu
Internet: www.aulinger.eu

Dr. Andreas Lotze
Dr. Martin Alberts
Dr. Christian Stenneken
Dr. Markus Hageney
Dr. Stefan Mager
Dr. Hans-Christoph Thomale
Dr. Melanie Verstege



Partnerschaftsgesellschaft, Sitz Essen, Amtsgericht Essen PR 1671