

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 1: Einführung ins Wirtschaftsprivatrecht, Sendung vom 21.03.2001
Referent : Prof. Dr. Josef Scherer

Sehr geehrte Teilnehmer des Kurses Wirtschafts- und Multimediarecht:

Bitte besorgen Sie sich die Gesetzesausgabe BGB, HGB und Arbeitsgesetze, jeweils Taschenbuchausgabe aus der Reihe Beck-Texte DTV und arbeiten Sie das Skriptum mit Zuhilfenahme der gesetzlichen Bestimmungen durch. Bitte lesen Sie die genannten Paragraphen aufmerksam durch und markieren Sie sie. Darüber hinaus sollten Sie die angesprochenen Kapitel in den beiden Büchern, die in dem nachfolgenden Literaturhinweis angegeben sind, nachlesen!

Literaturhinweis:

Danne / Keil, Wirtschaftsprivatrecht I, Cornelsen Verlag, Berlin 2000, S. 8 ff.

Führich, Wirtschaftsprivatrecht, 4. Auflage Verlag Vahlen, München 2000, S. 1 ff.

Das heutige Rechtsleben wird bestimmt von Rechtsvorschriften aller Art. Der Umfang an Gesetzen, Verordnungen und dergleichen nimmt praktisch täglich zu. So erreichte das Maß neuer Rechtsnormen in den letzten Jahren einen Umfang, wie es ihn selbst in den Gründerjahren der Bundesrepublik Deutschland nicht gab. Die Flut neuer Gesetze ist Ausdruck einer komplizierteren Zeit, in der Rechtsprobleme auftreten, welche in der Zeit des Erlasses des deutschen Zivilrechts – Hauptgesetzeswerkes, dem BGB, noch nicht denkbar waren. Das BGB trat am 1.1.1900 in Kraft, nachdem nach der Reichsgründung 1871 der Wunsch nach einer gesamtdeutschen Kodifikation laut geworden war.



1.1.Rechtsquellen des deutschen Privatrechts

Nach der Art ihrer Entstehung können die Rechtsquellen zunächst in “Gewohnheitsrecht” und “geschriebenes Recht” unterteilt werden.

1.1.1. Gewohnheitsrecht

Lange Zeit bevor staatliche Instanzen Rechtsnormen erlassen haben, existierten Rechtsvorstellungen, die aus Übung und Tradition gewachsen sind. Rechte, die beachtet werden, obwohl eine schriftliche Fixierung nicht existiert, gelten als Gewohnheitsrecht. Als Beispiele hierfür können Holzrechte oder Landwirtschaftsrechte angeführt werden. Auch das Recht, im Wald Beeren zu pflücken, das Baden in einem Fluss oder das Gewohnheitsrecht des Besitzers einer Baumwiese, ein fremdes Nachbargrundstück als Zugang zum eigenen Grundstück zu benutzen, sind lebendiges Gewohnheitsrecht in Deutschland. Aber nicht nur die etwas archaisch anmutenden Beispiele zählen zum Gewohnheitsrecht. Auch zentrale, in der Praxis oft benutzte Anspruchsgrundlagen bei Haftungsprozessen, wurzeln in der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung, die durch fortgesetzte richterliche Ausübung entstanden ist. So enthält das BGB beispielsweise (noch) keine Regelungen zur Frage, ob und welchen vertraglichen Schadensersatz es gibt, wenn ein mangelhaft erstelltes Werk das Eigentum des Bestellers schädigt (“Mangelfolgeschaden bei Werkvertrag”):

Beispiel:



Die Firma X baut bei G eine Alarmanlage fehlerhaft ein. Nach einigen Wochen gelingt es dadurch dem D, unbemerkt in das Haus einzubrechen und Wertsachen für 140.000 DM zu entwenden. Gibt es eine Rechtsnorm im BGB, welche dem G einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gewährt?

In Betracht käme unter Umständen § 635 BGB, da X und G einen Werkvertrag geschlossen haben, den G schlecht erfüllte. Für besagten Mangelfolgeschaden ist § 635 BGB jedoch nicht anwendbar. § 635 BGB ist nur für Mängel am bestellten Werk selbst einschlä-

gig (“Mangelschäden”). Gewohnheitsrechtlich anerkannt ist jedoch unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch aus “Positiver Vertragsverletzung” (“pVV”), manchmal auch bezeichnet als “Positive Forderungsverletzung” (“pFV”), wenn durch Schlechterfüllung eines Werkvertrages an einem anderen Gegenstand Mangelfolgeschäden eintreten.

Anmerkung: Die Voraussetzungen eines Werkvertrages und der pVV werden im Einzelnen an gegebener Stelle behandelt (vgl. auch Danne / Keil S. 162 ff., 124 ff.)

Einige ungeschriebene Rechte, so auch die pVV, sollen im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz kodifiziert werden (hierzu unten 1.7).

1.1.2. Das geschriebene Recht



Das geschriebene deutsche Recht ist kodifiziert durch den Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens, welches das Grundgesetz in den Art. 70 ff. GG verfassungsmäßig verankert. Die deutsche Rechtsordnung kennt verschiedene Arten von Rechtsnormen, die nachfolgend nach Wichtigkeit absteigend ausgeführt werden. Die niederrangigere Rechtsquelle muss dabei jeweils mit allen höherrangigen Rechtsnormen im Einklang stehen:

- Internationales Recht (z.B. EG-Vertrag, der geltendes deutsches Recht ist)
- Das Grundgesetz (GG)

Im Grundgesetz verankert sind neben den Grundrechten (Art. 1 ff. GG) u.a. auch gesetzgeberische Grundwerte wie Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 GG), Gesetzgebung (Art. 70 ff.), Finanzverwaltung von Bund und Länder (Art. 104 a ff. GG) und andere zentrale Einrichtungen und Werte unserer Rechtsordnung. Die verfassungsmäßig verankerten Rechtsnormen zeichnen sich durch eine hohe Veränderungsfestigkeit aus. So wird in der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 GG die Unabän-

derlichkeit der Grundrechte festgelegt. Die übrigen Verfassungsnormen können nur durch eine 2/3-Mehrheit modifiziert werden.

- Gesetze des Bundes und der Länder

Gesetze sind der Erlass von allgemein gültigen Regeln und Vorschriften durch die verfassungsmäßig festgelegten Gesetzgebungsorgane (Bundestag, Landtage der Bundesländer), die im verfassungsmäßig festgelegten förmlichen Gesetzgebungsverfahren zustande kommen und ordnungsgemäß ausgefertigt (= z.B. Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten bei Bundesgesetzen gem. Art. 82 GG) und verkündet (= z.B. Veröffentlichung im Gesetzblatt gem. Art. 82 GG) sind. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von “Gesetzen im formellen Sinn”.

Beispiel: BGB, HGB, VerbraucherkreditG, u.v.m.

- Rechtsverordnungen

Rechtsverordnungen sind allgemeinverbindliche Anordnungen für eine unbestimmte Vielzahl von Personen, die *nicht* in einem förmlichen Gesetzgebungsverfahren ergehen, sondern von Organen der vollziehenden staatlichen Gewalt erlassen werden. Rechtsverordnungen sind eine zügige Möglichkeit, akut anstehende Einzelfragen zu regeln, ohne vorher ein meist zeitraubendes Gesetzgebungsverfahren anzustrengen. Die hierin begründete Gefahr, dass die Gesetzgebung vom demokratisch gewählten Parlament weg hin auf die Exekutive verlagert wird, wird dadurch gemildert, dass der Erlass von Rechtsverordnungen nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung möglich ist. Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen hierbei im Gesetz bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage der Verordnung ist wiederum in derselben anzugeben (vgl. Art. 80 GG). Außerdem müssen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts “wesentliche” (= grundrechtsintensive) Fragen stets durch förmliche Gesetze, nicht durch Verordnungen geregelt werden.

Beispiel: Das Verbot von Tiermehl wurde zunächst als “Verordnung” geplant, dann jedoch wegen der “Grundrechtsintensität” als Gesetz im förmlichen Verfahren erlassen.

Beispiele für Rechtsverordnungen: Bestattungsverordnung, Bayerische Verordnung über die Feuerbeschau, Örtliche Maulkorbverordnungen.



- Satzungen

Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts (z.B. Gemeinde) im Rahmen der ihr verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit (nur) für die ihr angehörigen oder die ihre Einrichtungen benutzenden Personen erlassen werden.

Beispiele: Haushaltssatzungen, Satzung über die Benutzung des städtischen Hallenbades.

Auch nichtstaatliche Verbände können im Rahmen ihrer Selbstverwaltung Satzungen erlassen, insbesondere Tarifverträge.

1.2. Standort Wirtschaftsprivatrecht

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 9

Der Standort des Wirtschaftsprivatrechts in der Fülle der oben beschriebenen Rechtsnormen wird durchschaubar, wenn eine Untergliederung und Systematisierung der deutschen Rechtswirklichkeit vorgenommen wird.

Grundsätzlich ist im deutschen Recht zwischen “privatem” und “öffentlichem Recht” zu unterscheiden.

1.2.1. Das öffentliche Recht



Das öffentliche Recht regelt das Verhältnis des Bürgers zum Staat und den anderen Trägern öffentlicher Gewalt sowie das Verhältnis der einzelnen Verwaltungsträger untereinander. Kennzeichnend für das öffentliche Recht ist das Prinzip der “Über- und Unterordnung”.

Beispiele: Verwaltungsrecht, Kommunalrecht, öffentliches Baurecht, Sicherheitsrecht, Strafrecht.

1.2.2. Das Privatrecht

Im Gegensatz dazu behandelt das Privatrecht die Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander. Wesentliches Merkmal ist somit die “Gleichordnung” der Parteien, die typischerweise einen Vertrag als gleichberechtigte Partner schließen. Innerhalb des privaten Rechts kann zur weiteren Systematisierung eine Dreiteilung vorgenommen werden: In bürgerliches Recht, Arbeitsrecht sowie Handels- und Gesellschafts-/ Wirtschaftsrecht.



Im Einzelnen:

- Das bürgerliche Recht

Wichtige Rechtsquellen des bürgerlichen Rechts sind das BGB, aber auch Nebengesetze wie das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), das Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG) oder Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) u.v.m.

- Arbeitsrecht

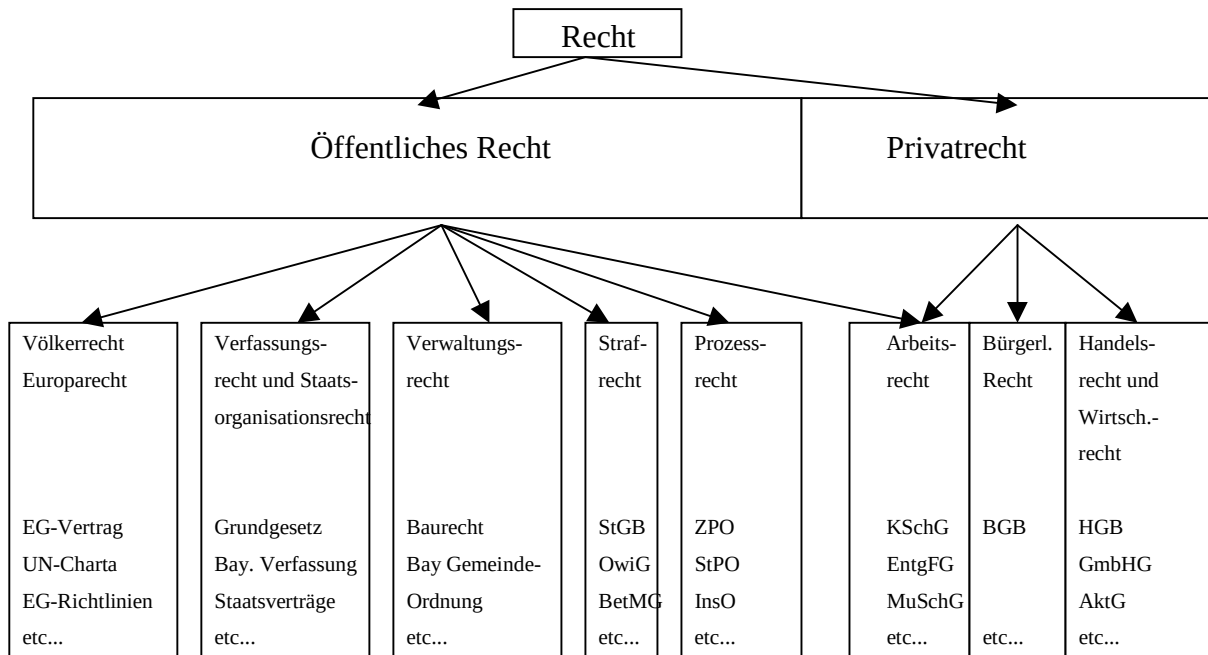
Unter dem Überbegriff des Arbeitsrechts werden die Rechtsnormen verstanden, welche die abhängigen Arbeitsverhältnisse betreffen. Hierunter fallen beispielsweise einzelne Normen des BGB (insbesondere §§ 611 ff. BGB), das Kündigungsschutzgesetz (KSchG), das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG), das Tarifvertragsgesetz (TVG) u.v.m.



- Handels- und Wirtschaftsrecht

Das Handels- und Gesellschaftsrecht ist das Sonderprivatrecht der Kaufleute und der Handelsgesellschaften (z.B. OHG, KG, GmbH). Rechtsquelle ist insbesondere das Handelsgesetzbuch (HGB). Zum Wirtschaftsrecht zählen beispielsweise das Aktiengesetz (AktG), das GmbHG, das Unlauterer-Wettbewerb-Gesetz (UWG) u.v.m. Das zu diesem Bereich zählende Rabattgesetz wird nach Plänen der Bundesregierung 2001 ersatzlos gestrichen.

Übersicht: Rechtssystem in Deutschland



1.2.3. Einordnung des Wirtschaftsprivatrechts



Der Begriff des Wirtschaftsprivatrechts ist unbestimmt. **Sämtliche Rechtsnormen des Privatrechts jedoch, welche betriebswirtschaftliche Relevanz bekommen können, sind unter diesen Begriff zu zählen.**

Im Einzelnen:

- Zentraler Teil des Wirtschaftsprivatrechts ist das BGB mit seinen ersten drei Büchern: dem Allgemeinen Teil, dem Schuldrecht und dem Sachenrecht. Das bürgerliche Recht ist bedeutsam für so zentrale Elemente des Wirtschaftslebens wie Vertragsschluss und Vertragsgestaltung, Kauf von Unternehmen oder Unternehmensanteilen, Haftung des Unternehmers für fehlerhafte Produkte, Unternehmensnachfolge u.v.m.

- Das Arbeitsrecht wird nicht unter das Wirtschaftsprivatrecht subsumiert. Dies wird begründet mit dem starken Schutzcharakter des Arbeitsrechts für den Arbeitnehmer und der starken Vermengung mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften.
- Wichtig für das Wirtschaftsprivatrecht ist wiederum das Handels- und Gesellschaftsrecht sowie das Wirtschaftsrecht. Als Sonderrecht der Kaufleute und der Handelsgesellschaften stellt das HGB kein losgelöstes Rechtsgebiet dar, sondern ist eng mit dem BGB verzahnt. Finden sich im HGB keine Sonderregelungen, so ist das BGB grundsätzlich neben dem HGB voll anwendbar. Nur wenn eine Vorschrift im HGB eine Rechtsfrage regelt, welche für Nichtkaufleute auch im BGB geregelt ist, verdrängt das speziellere HGB die allgemeinere Regel des BGB.

Beispiel: §766 BGB fordert für eine Bürgschaftserklärung die Schriftform. Formfrei wirksam hingegen ist die Bürgschaft eines Kaufmannes als Handelsgeschäft (§§ 343, 344, 350 HGB).

Für die Unternehmenspraxis gewinnt das Handels- und Gesellschaftsrecht Bedeutung für die Fragen der Firmenbezeichnung, für Buchführung und Bilanzierung, die Haftungsstruktur der gewählten Personengesellschaftsform (OHG, KG) u.v.m.

Die eben vorgenommene Aufzählung relevanter Rechtsgebiete für das Wirtschaftsprivatrecht erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. So könnten noch sämtliche Wettbewerbsschutzgesetze und das Europarecht hinzugezählt werden. Wann immer betriebswirtschaftliche Relevanz erlangt wird, spricht man von Wirtschaftsprivatrecht.

1.3. Fallbearbeitungsmethodik

1.3.1 Juristische Denkweise

Literaturhinweis:

Scherer / Haas / Beyer, Gesellschaftsrecht I / Personengesellschaften, Fortis – Verlag, Köln 1999, S. 14 ff.



Um gute juristische Arbeit zu leisten, sollten Sie über folgende Eigenschaften verfügen oder sich diese durch ständige Übung aneignen:

- Die Fähigkeit komplexe und umfangreiche Sachverhalte aus verschiedensten Lebensbereichen in kurzer Zeit vollständig zu durchdringen und erfassen.
- Problembewusstsein – d.h. einen Sachverhalt zutreffend in juristisch problematische und unproblematische Teile einzuordnen.
- Abstraktions- und Subsumtionsfähigkeit: Die abstrakte, auf beliebig viele Fallgestaltungen anwendbare Gesetzessprache muss auf den konkreten, zur Lösung anstehenden Fall angewendet werden.
- Sprachvermögen: Eine gute Falllösung zeichnet sich durch präzise, sachliche und differenzierte Ausdrucksweise sowie eine durch Plausibilität überzeugende Argumentation bei Darstellung und Abwägung von pro und contra aus.
- Den Blick oder das Gefühl für vertretbare, sachgerechte und damit „juristisch gerechte“ Ergebnisse.

1.3.2. Einzelne Hinweise zur Fallbearbeitung / Normenaufbau / Anspruchsgrundlagen

- Nach der Erfassung des Bearbeitervermerks („Welche Fragen sollen beantwortet werden?“) ist der Sachverhalt genauestens im Hinblick auf diese Fragestellung durchzulesen. Der Sachverhalt darf bei der Falllösung nicht „zurecht gebogen“ werden. Bei umfangreichen Texten sind Sachverhaltsskizzen oder Datentabellen hilfreich. Differenzieren Sie, ob der Bearbeitervermerk eine konkrete Frage oder lediglich die abstrakte Frage nach der Rechtslage enthält. Lautet die Fallfrage beispielsweise „Kann A von B Schadensersatz gem. § 823 I BGB verlangen?“, dann beantworten Sie ausschließlich diese Frage, ohne weitere Ansprüche zu prüfen. Im Falle der abstrakten Frage „Wie ist die Rechtslage“, können Sie sich zur Ermittlung der möglichen Ansprüche der Frage

„Wer will was von wem woraus?“

bedienen: Diskutieren Sie jedoch keine abwegigen Ansprüche und stellen Sie keine abstrakten, von der Falllösung unabhängigen juristischen Probleme dar.

- Ihre Aufgabe ist die Erstellung eines Gutachtens. Ein Gutachten dient zur gedanklichen Überprüfung eines Sachverhaltes, an dessen Ende ein Ergebnis gefunden wird. Es werden dabei alle in Frage kommenden Normen durchgeprüft. Typische Worte: „Könnte..., dazu müsste..., deshalb...“ (Beispiel unten 1.4.)

1.4. Normenaufbau und Subsumtion

Literaturhinweis:

Münchhausen / Bauchhenss: BGB Allgemeiner Teil I, 1996, Kapitel 1, Klausurtechnik
Scherer / Haas / Beyer, S. 14 – 20

Bei der Prüfung, ob ein Anspruch vorliegt, muss man vergleichen, ob sich die tatsächlichen Gegebenheiten des vorliegenden Sachverhalts mit den Tatbestandsmerkmalen der Anspruchsnorm decken („Subsumtion“). Nur wenn es eine Anspruchsgrundlage gibt, die die gewünschte Rechtsfolge vorsieht, hat das Begehren des Anspruchsstellers Aussicht auf Erfolg.. Am Anfang einer jeden Fallbearbeitung steht daher die Suche nach einer Anspruchsgrundlage. Wenn eine solche gefunden ist, sind die Tatbestandsmerkmale der Anspruchsgrundlage mit den tatsächlichen Gegebenheiten des Sachverhaltes zu vergleichen.



→ Tatbestandsmerkmale $a + b + c =$ Rechtsfolge gem. Gesetz
→ Kommen a, b und c im konkreten Fall vor, so tritt im konkreten Fall die Rechtsfolge ein.



Beispiel: B lauert dem ungeliebten A im Dunkeln auf und verpasst diesem aus dem Hinterhalt einen Schlag mit einem Knüttel auf den Kopf. Für die durch die Verletzung erlittenen Arztkosten will A von B Schadensersatz aus § 823 I BGB. Zu recht?

Die Tatbestandsmerkmale des § 823 I BGB (lesen!) sind:

- a) vorsätzliche oder fahrlässige
- b) Verletzung von Leben, Körper, Freiheit, Eigentum oder eines sonstigen Rechts
- c) eines anderen,
- d) die widerrechtlich erfolgte.

Somit: Tatbestandsmerkmale a) + b) + c) + d) = Schadensersatzanspruch.

Nunmehr ist der tatsächliche Lebenssachverhalt auf seine Entsprechung hin mit den gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen hin zu prüfen.

- a) Vorsätzlich: Ja, da B mit vollem Wissen und Wollen handelte;
- b) Körper: Ja, A erlitt Verletzungen an seinem Körper;
- c) eines anderen: Ja, A ist ein anderer als B;
- d) widerrechtlich: Ja, B hatte „kein Recht“, den Körper des A zu verletzen.

Somit: die Tatbestandsmerkmale des § 823 I BGB sind erfüllt, die Rechtsfolge „Schadensersatz“ tritt demnach ein.

Gutachtlich ausformuliert könnte die Lösung lauten:



A könnte gegen B ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB zustehen.

Dazu müssten die Voraussetzungen des § 823 I BGB erfüllt sein. B müsste vorsätzlich oder fahrlässig Leben, Körper, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht des A widerrechtlich verletzt haben. In Betracht kommt hier die

Verletzung des absoluten Rechts „Körper“ durch den Schlag auf den Kopf des A. Dies geschah mit „Wissen und Wollen“ des B, also vorsätzlich. Auch „Rechtswidrigkeit“ liegt vor, da B „kein Recht“ hatte, den Körper des A zu verletzen, somit „wider das Recht“ gehandelt hat. Schließlich ist A „ein anderer“ als B.

Somit sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 I BGB erfüllt, ein Anspruch aus § 823 I BGB ist demnach gegeben.

1.5. Anspruchsgrundlagen

Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können, nennt man „Anspruch“ (vgl. § 194 BGB). Eine gesetzliche Norm oder ein gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut, das den Anspruch zuspricht, heißt „Anspruchsgrundlage“.



Kennzeichnend für eine Anspruchsgrundlage ist somit die „Qualität der Rechtsfolge“, die in einem Anspruch auf das Handeln oder Unterlassen einer anderen Person besteht.

Beispiel.: (Vertragliche) Anspruchsgrundlage § 433 II BGB – liegen deren Tatbestandsvoraussetzungen vor, so ist der Käufer verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen und die Sache abzunehmen.

Ansprüche können sich gründen auf Gesetz (z.B. §§ 823 I, 826, 847, 812 BGB, § 7 StVG), auf Gewohnheitsrecht, oder auf Vertrag (z.B. § 433 II BGB, § 631 BGB, § 535 BGB).

„Gesetzliche“ Ansprüche setzen keinen Vertrag voraus.

Beispiele:

A fährt den O mit seinem Fahrrad an. O wird dabei verletzt. Ein Schadensersatz aus „Vertrag“ scheidet mangels vorangegangenem Vertrag aus. In Betracht kommen nur gesetzliche Ansprüche, z.B. § 823 I BGB.

D stiehlt dem E ein wertvolles Gemälde. E hat keinen vertraglichen Herausgabeanspruch gegen D, es kommt aber der gesetzliche Herausgabeanspruch des § 985 BGB in Betracht.

Bei den Anspruchsgrundlagen, die durch Vertrag begründet werden, ist nicht nur an die ausdrücklich im Gesetz enthaltenen Vertragstypen zu denken, sondern auch an Verträge „sui generis“ oder gemischte Verträge. Das hundert Jahre alte BGB enthält bei weitem nicht alle denkbaren Vertragstypen. So ist beispielsweise der junge Leasingvertrag (noch) nicht geregelt, nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§§ 305, 241 BGB) aber zulässig.

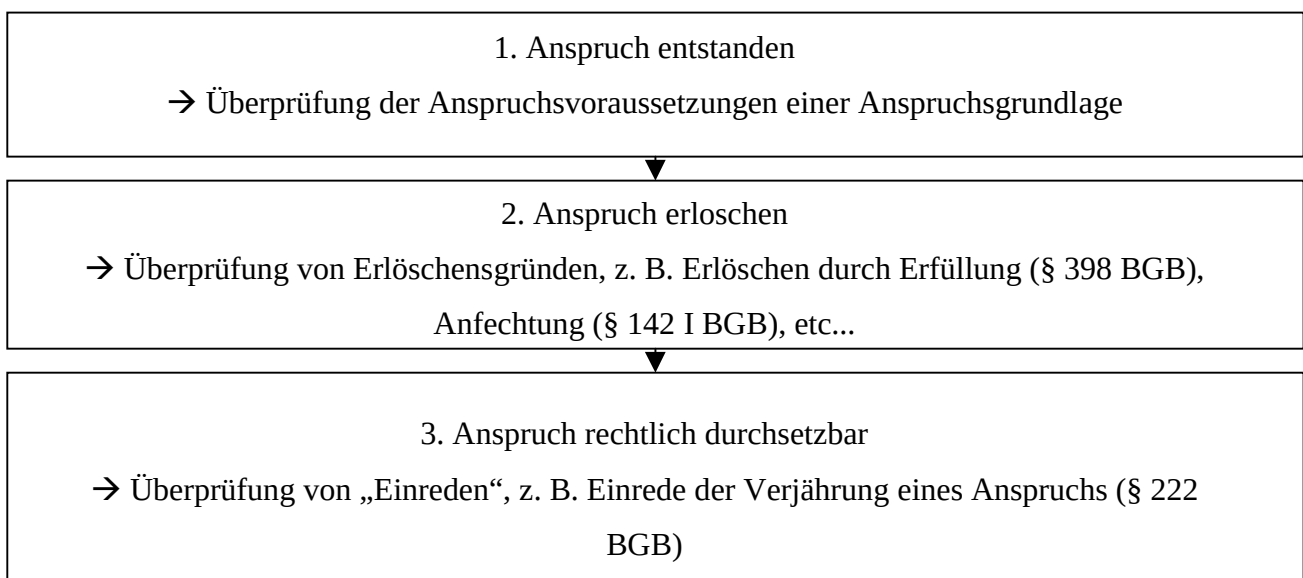
Für die „Qualität“ der Ansprüche ist es im übrigen irrelevant, ob sie auf einer vertraglichen, vertragsähnlichen, dinglichen oder gesetzlichen Anspruchsgrundlage beruhen. Alle Anspruchsgrundlagen können grundsätzlich nebeneinander im Prozess geltende gemacht werden. Im Gutachten müssen demnach alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen angeprüft werden.

Übersicht: Anspruchsgrundlagen



Nachdem gutachtlich überprüft worden ist, ob der Anspruch „entstanden“ ist, müssen im Anschluss „Erlöschensgründe“ überprüft werden sowie Gründe, die einer Durchsetzung des Anspruchs im Wege stehen könnten.

Übersicht: Prüfung eines Anspruchs



1.6. „Querflug durchs BGB“

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 10 ff.



Das BGB mit seinen 2385 Paragraphen gliedert sich (nach Vorbild des römischen Rechts) in fünf Bücher. Es handelt sich um den „Allgemeinen Teil“, das „Schuldrecht“, „Sachenrecht“, „Familienrecht“ und „Erbrecht“.

Die fünf Bücher sind wiederum in „Abschnitte“ und „Titel“ unterteilt.

1.6.1. Der allgemeine Teil (§§ 1 – 240 BGB)

Der Allgemeine Teil enthält Definitionen von Begriffen und Regelungen, die für alle anderen Bücher Relevanz haben („vor die Klammer ziehen“).

Beispiel:

§ 90 BGB definiert den Begriff der „Sache“, der in § 929 BGB von Bedeutung ist.

Das Namensrecht in § 12 BGB wird im E-commerce für den Schutz des Domain- Namens herangezogen.

Die wichtigsten Regelungsbereiche des Allgemeinen Teils sind:

- Abschnitt 1: Welche Personen können Träger von Rechten und Pflichten im Sinne des BGB sein?
- Abschnitt 3: Wie kommt ein wirksames Rechtsgeschäft zustande („Rechtsgeschäftslehre“)?
- Abschnitt 5: Wann ist ein Anspruch verjährt?

1.6.2. Schuldrecht (§§ 241 – 853 BGB)



Das zweite Buch umfasst das Recht der „Schuldverhältnisse“. Dabei liegt der Schwerpunkt auf dem „Recht der Verträge“ (z.B. Kauf-, Werk-, Miet-, Darlehensvertrag). Daneben gibt es die oben erwähnten „Schuldverhältnisse kraft Gesetzes“ (z.B. Schadensersatzansprüche eines „deliktisch“ Geschädigten, §§ 823 ff. BGB).

Von einem Schuldverhältnis spricht man dann, wenn die Rechtsbeziehungen zweier Personen so geartet sind, dass einem Leistungspflichtigen ein Leistungsberechtigter (= Anspruchsinhaber) gegenüber steht.

Beispiel: K schließt mit V einen Werbevertrag für dessen virtuellen Marktplatz. Der damit abgeschlossene Werbevertrag (Vertrag „sui generis“ gem. §§ 305, 241 BGB) begründet die Pflicht des V, die Werbemittel ins Internet zu stellen. Hierauf hat K einen Anspruch. K hingegen ist zur Leistung des vereinbarten Entgelts verpflichtet, worauf V wiederum einen Anspruch hat.

1.6.3. Sachenrecht (§§ 854 – 1296 BGB)

Das dritte Buch des BGB regelt die rechtliche Zuordnung von Sachen (zum Beispiel „wer ist Eigentümer des vorliegenden Skripts?“) und den damit verbundenen Inhalt (zum Beispiel: „Muss der Eigentümer des Skripts dulden, dass ein Dritter Seiten herausreißt?“).

Schuldrecht und Sachenrecht sind eng miteinander verflochten. Viele schuldrechtlichen Verpflichtungen werden sachenrechtlich vollzogen.

Beispiel: A und B schließen einen Kaufvertrag über einen Laptop zum Preis von 5999 DM. A ist gem. § 433 I BGB schuldrechtlich verpflichtet, dem B Eigentum und Besitz am Laptop zu verschaffen. Diese Pflicht muss A sachenrechtlich gem. § 929 ff. BGB vollziehen.

Aus dem Beispiel kann ein allgemein gültiger Grundsatz des deutschen Rechts hergeleitet werden: Ein erfülltes Rechtsgeschäft setzt sich stets aus zwei selbstständigen rechtlichen Vorgängen zusammen:

→ dem schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag, in dem sich die zwei Parteien „versprechen“, ihre Vertragspflichten zu erfüllen.

→ dem sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäft. Mit ihm wird die Rechtsänderung herbeigeführt, d.h. das Versprechen des schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrags wird erfüllt (auch: „Verfügungsgeschäft“ oder „dingliches Geschäft“ genannt).

Schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag und sachenrechtliches Erfüllungsgeschäft sind voneinander rechtlich unabhängig und streng zu trennen. Dieses fundamentale Prinzip nennt man „**Abstraktionsprinzip**“ (ausführlich zum Abstraktionsprinzip im Skriptum zum Allgemeinen Teil (2.2.5.)).

1.6.4. Das Familienrecht (§§ 1297 – 1921 BGB)

Das Familienrecht regelt das Verwandtschafts-, Ehe- und Kindschaftsrecht, d.h. die durch Familienzugehörigkeit begründeten besonderen Rechtsbeziehungen der Familienmitglieder untereinander. Von besonderer praktischen Relevanz ist das hierin enthaltene materielle Scheidungsrecht.



1.6.5. Das Erbrecht (§§ 1922 – 2385 BGB)



Das Erbrecht regelt die Vermögensverhältnisse einer Person nach deren Ableben. Es legt ferner fest, wer im Todesfall welche Rechte und Pflichten hat. Relevanz für das Wirtschaftsprivatrecht gewinnt das Erbrecht in Fragen der Unternehmensnachfolge.

1.7 Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Gemäß einem Entwurf des Bundesjustizministeriums soll das Bürgerliche Gesetzbuch zum 01.01.2002 umfassend geändert werden. Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sieht aufgrund der Umsetzung einiger EG-Richtlinien sowie der seit langem diskutierten Schuldrechtsreform gravierende Änderungen im Bereich des Bürgerlichen Gesetzbuches vor. Ob dieser Entwurf, so wie vorgeschlagen, umgesetzt wird, ist noch fraglich. Zum Teil wird der Entwurf kritisiert und vorgeschlagen, es sollten lediglich im Rahmen einer sogenannten „kleinen Lösung“ die EG-Richtlinien umgesetzt werden. Andere Stimmen halten den Schuldrechtsmodernisierungsgesetzentwurf für brauchbar und befürworten die Umsetzung. Der Entwurf sieht folgende, nur exemplarisch dargestellten Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches vor:

Die regelmäßige Verjährungsfrist soll auf 3 Jahre verlängert werden. Bei der Lieferung mangelhafter Waren, die bestimmungsgemäß zur Herstellung eines Bauwerks verwendet werden und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben soll die Verjährung auf 5 Jahre verlängert werden (§§ 195, 196 SRMG-E).

Der Anspruch wegen eines Mangels der verkauften Sache oder des Werks soll gemäß § 198 SRMG-E in dem Zeitpunkt beginnen, in dem die Sache oder das Werk dem anderen Teil zur Verfügung gestellt wird. Es wird also nicht mehr auf die Abnahme abgestellt. Gemäß § 212 SRMG-E sind Verjährungsverlängerungen und Verkürzungen zulässig. Hinsichtlich des Verkaufs von Gütern an Verbraucher ist bei neuen Sachen eine Unterschreitung der Verjährungsfrist von 2 Jahren und von gebrauchten Sachen von 1 Jahr nicht mehr zulässig.

Gemäß § 280 SRMG-E werden jetzt nahezu alle Leistungsstörungenersatzansprüche über diese Vorschrift geregelt. Also Ansprüche, die bisher über PVV, cic, § 463 BGB, etc. ersetzt wurden.

Im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, das durch das SRMG-E in das BGB integriert werden soll, werden einige relevante Vorschriften für die Gestaltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen geändert (§ 313 SRMG-E), beispielsweise sind in allgemeinen Geschäftsbedingungen Verjährungsfristen des § 196 nicht mehr verkürzbar. Deshalb müsste in neuen AGB ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass die 5-jährige Verjährungsfrist für mangelhafte Sachen gilt, wenn diese zur Herstellung eines Gebäudes benutzt werden.

Zum Teil wird der Sachmangelbegriff neu definiert: Insbesondere gehören zur Beschaffenheit auch Eigenschaften, die der Hersteller oder Verkäufer in der Werbung und der Kennzeichnung des Produktes verwendet.

Neu eingeführt werden soll das Recht des Käufers auf Nacherfüllung im Sinne einer Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache.

Erstmals soll gemäß § 442 SRMG-E eine gesetzliche Regelung über Garantien enthalten sein. In der Bestimmung wird auch wiederum auf die Aussagen der Werbung hingewiesen und deren rechtliche Auswirkung geklärt. Darüber hinaus wird eine Beweislastumkehr aufgrund der Vereinbarung einer Garantie gesetzlich fixiert. Beim Verbrauchsgüterkauf gibt es weiter noch zusätzliche Vorschriften für das Abfassen von Garantien (§ 475 SRMG-E). Auch das Werkvertragsrecht wird im wesentlichen neu definiert (§§ 631 ff. SRMG-E).

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz soll auf Sachverhalte, die ab dem 01. Januar 2002 entstehen, anwendbar sein.

1.8. Aufgaben

1.8.1. Zuordnung von Vorfällen zum zugehörigen Rechtsgebiet / Zuständiges Gericht

Wie eingangs dargestellt teilt sich das deutsche Recht in zwei große Bereiche: Das Privatrecht und das öffentliche Recht. Die Einteilung hat auch in so weit praktische Relevanz, als die Einordnung über den einzuschlagenden Rechtsweg entscheidet.

Jeder Lebenssachverhalt muss entsprechend seiner Ausprägung bei einer rechtlichen Beurteilung dem jeweiligen Rechtsgebiet zugeordnet werden. Hierbei kommt es häufig vor, dass je nach Zielsetzung der Rechtsverfolgung auf den selben Lebenssachverhalt verschiedene Rechtsgebiete Anwendung finden.

Beispiel:

A fährt betrunken Auto im Zustand absoluter Fahruntüchtigkeit (mehr als 1,1 Promille). Nach einigen Kilometern kommt es zu einem Verkehrsunfall, bei dem O schwer verletzt wird. Daraufhin wird dem A in einem Strafbefehl die Fahrerlaubnis entzogen und eine Geldstrafe in Höhe von 200 Tagessätzen zu je 90 DM verhängt. O verlangt von A Ersatz des materiellen Schadens sowie Schmerzensgeld.



Welche Rechtsgebiete sind tangiert?



Der Entzug der Fahrerlaubnis sowie die Verhängung der Geldstrafe für die fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) und die Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315 c StGB) gehören dem **Strafrecht** an. Die Forderung des O nach Schadensersatz (§ 7 StVG, §§ 823 I, 847 BGB) ist dem **Privatrecht** zuzuordnen, da A und O auf der Ebene der Gleichordnung, nicht im Über- und Unterordnungsverhältnis stehen.

Begehrt A nach der Sperrfrist eine Wiedererteilung des Führerscheins, so ist dies eine Rechtsfrage des „**Öffentlichen Rechts**“, da Anspruchsgegner der übergeordnete Staat ist, welcher nicht per Vertrag, sondern per „Verwaltungsakt“ den Führerschein erteilt oder verweigert.

Im Rahmen des Wirtschaftsprivatrechts sind die strafrechtliche und die öffentlich rechtliche Schiene von untergeordneter Bedeutung. Insofern soll kurz auf den **Gerichtsaufbau** in der privaten Gerichtsbarkeit („Zivilgerichtsbarkeit“) eingegangen werden.

Soll ein privatrechtlicher Anspruch (z.B. Kaufpreisanspruch) gerichtlich durchgesetzt werden, so ist zuerst die „sachliche“ und die „örtliche“ Zuständigkeit zu überprüfen.



In erster Instanz sind die Amtsgerichte (AG) für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 10.000 DM sachlich zuständig. Höhere Streitwerte werden vom Landgericht (LG) entschieden (§§ 23 Nr. 1, 71 Gerichtsverfassungsgesetz).

Örtlich zuständig ist (grundsätzlich) der Wohnsitz oder Geschäftssitz des Beklagten maßgeblich (§§ 12, 13 ZPO), es sei denn, es greifen besondere oder ausschließliche Gerichtsstände ein (§§ 14 ff. ZPO). Gerichtsstandsvereinbarungen kraft Parteiwillens sind nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 38 – 40 ZPO zulässig. So sind diese nur zwischen Vollkaufleuten oder zwischen Nichtkaufleuten zulässig, wenn sie schriftlich nach Entstehung des Streits geschlossen werden oder bei erschwerter Rechtsverfolgung, wenn der Wohnsitz nicht bekannt ist.

1.8.2. Bestimmung von Tatbestand / Voraussetzungen und Rechtsfolge



Betrachten Sie die folgenden Normen und stellen Sie die Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen dar!



§ 433 I 1 BGB
<u>Tatbestandsvoraussetzungen:</u> → Vorliegen eines „Kaufvertrages“ → Gegenstand des Kaufvertrages ist eine „Sache“ (demgegenüber: Kauf eines Rechtes in § 433 I 2 BGB geregelt!) <u>Rechtsfolgen:</u> → Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben → Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer Eigentum an der Sache zu verschaffen

§ 433 II BGB
<u>Tatbestandsvoraussetzungen:</u> → Vorliegen eines „Kaufvertrages“ (ergibt sich aus Normzusammenhang mit § 433 I BGB sowie aus der Formulierung „Käufer“ in § 433 II BGB selbst) → Gegenstand des Kaufvertrages ist eine „Sache“ <u>Rechtsfolgen:</u> → Käufer ist verpflichtet, Kaufpreis zu zahlen → Käufer ist verpflichtet, die Sache abzunehmen

§ 535 BGB
<u>Tatbestandsvoraussetzungen:</u> → Vorliegen eines „Mietvertrages“ → Gegenstand des Mietvertrages ist eine „Sache“ <u>Rechtsfolgen:</u> → Vermieter ist verpflichtet, den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren → Mieter ist verpflichtet, den vereinbarten Mietzins zu zahlen

§ 812 I 1 Alt.1 BGB („Leistungskondiktion“)
<u>Tatbestandsvoraussetzungen:</u> → jemand muss etwas erlangt haben → durch Leistung eines anderen (Leistung ist die zielgerichtete und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens) → ohne rechtlichen Grund <u>Rechtsfolge:</u> → Herausgabepflicht des Erlangten

1.8.3. Anspruchsnormen



Stellen Sie fest, ob folgende Normen Anspruchsnormen (Anspruchsgrundlagen) sind oder nicht.



§ 433 II BGB
Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, so kann der Verkäufer vom Käufer ein Handeln (Kaufpreisbezahlung und Abnahme) verlangen. Somit: Anspruchsnorm.

§ 651 f BGB
Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, so kann der Reisende vom Veranstalter ein Handeln (Schadensersatz) verlangen. Somit: Anspruchsnorm

§ 852 BGB
Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, so ist die „rechtliche“ Folge der Verjährung eingetreten. Ein Handeln oder Unterlassen kann nicht verlangt werden. Somit: Keine Anspruchsnorm

§ 142 I BGB
Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, so ist das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig zu betrachten. Ein Handeln oder Unterlassen kann nicht verlangt werden. Somit: Keine Anspruchsnorm

§ 1004 I BGB
Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, so kann der Eigentümer die Beseitigung der Störung verlangen (= Handeln) bzw. die Unterlassung derselben. Somit: Anspruchsnorm



Wirtschaftsrecht und Multimediarecht

2. BGB Allgemeiner Teil

2.1. Rechts- und Geschäftsfähigkeit

Literaturhinweis:

Danne / Keil, Wirtschaftsprivatrecht I, Cornelsen Verlag, Berlin 2000, S. 25 – 30.

Führich, Wirtschaftsprivatrecht, Verlag – Vahlen, München 1999, S. 23 ff.

2.1.1. Die Rechtsfähigkeit

Beispiel: Die 90 Jahre alte O liebt ihren Dalmatiner über alles. Da O glaubt, bald sterben zu müssen will sie ihrem Hund Lumpi ihr gesamtes Vermögen vererben, um dem dann frauchenlosen Tier ein Leben in Luxus zu bewahren. Ist dies rechtlich möglich?



Die Lösung des Falles liegt in der Frage, ob der Hund „Träger von Rechten und Pflichten“ sein kann, mit anderen Worten, „Rechtsfähigkeit“ besitzt. Als Rechte kommen dabei eine Vielzahl von Positionen in Betracht, beispielsweise die Fähigkeit, Gläubiger oder Schuldner zu sein, Partei in einem Prozess zu sein oder Erbe zu werden. Es ist somit zu klären, ob das deutsche Rechtssystem Tieren Rechtsfähigkeit zubilligt oder nicht.

Das BGB kennt zwei Kategorien von rechtsfähigen Personen: Die „natürlichen Personen“ und die „juristischen Personen“

2.1.1.1. Die natürlichen Personen

„Natürliche Personen“ sind die Menschen. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB).



Die Rechtsfähigkeit ist somit völlig unabhängig von der geistigen oder körperlichen Fähigkeit des Menschen. Auch Staatsangehörigkeit, Religions- oder Volksgruppenzugehörigkeit spielen ebenso wenig eine Rolle wie Alter oder

Geisteszustand. Die Rechtsfähigkeit ist Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten Menschenwürde (Art.1 GG).

In gewissen Fällen wird sogar vor der Geburt dem ungeborenen Leben Rechtsfähigkeit zuerkannt: Gemäß § 1923 II BGB kann ein gezeugtes, aber ungeborenes Kind erben.

Die Rechtsfähigkeit endet mit dem Tod des Menschen. Entscheidend ist nicht der klinische Herztod, sondern der Gehirntod. In dieser Sekunde gehen sämtliche aktiven und passiven Vermögenswerte auf den oder die Erben (§§ 1922, 1967 BGB) über. Die höchstpersönlichen Rechte (z.B. Vereinsmitgliedschaften gem. § 38 BGB) erlöschen.



2.1.1.2. Juristische Personen

Juristische Personen sind künstliche Rechtssubjekte. Die Rechtsordnung „macht“ sie zu Personen, damit diese wie natürliche Personen Träger von Rechten und Pflichten sein können. Im BGB selbst ist der Begriff der juristischen Person nicht definiert. Als juristische Personen werden dort jedoch die Vereine (§§ 21 ff. BGB) und Stiftungen (§§ 80 ff. BGB) geregelt. Wichtige, in anderen Gesetzen geregelte juristische Personen sind die Aktiengesellschaften (AG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Genossenschaften (eG).

Neben den genannten juristischen Personen des Privatrechts gibt es juristische Personen des öffentlichen Rechts, wie zum Beispiel Gebietskörperschaften, die Hoheitsrechte über fest umgrenzte Teile des Staatsgebiets ausüben (z.B. Freistaat Bayern, Stadt Landshut, Landkreis Regensburg) oder Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts (z.B. Bayerischer Rundfunk).

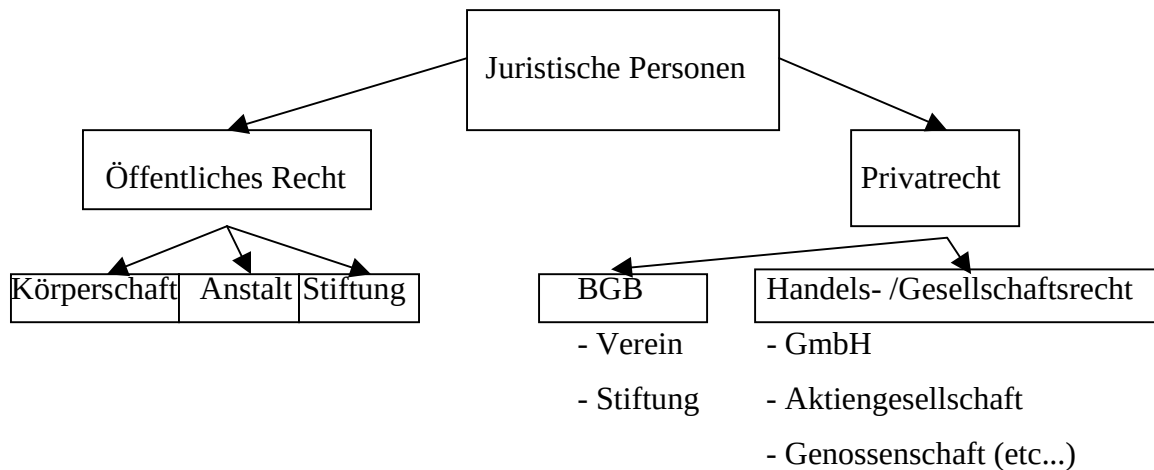
Juristische Personen erlangen auf zweierlei Arten Rechtsfähigkeit:

- durch staatlichen Hoheitsakt, d.h. durch Verleihung durch Gesetz oder Verwaltungsakt. Dies gilt v.a. für juristische Personen des öffentlichen Rechts.
- Nach dem System der Normativbestimmungen, d.h. Eintragung in ein öffentliches Register. Auf diese Weise werden v.a. juristische Personen des Privatrechts rechtsfähig (Vereins-, Handels- und Genossenschaftsregister).

Der Verlust der Rechtsfähigkeit bei juristischen Personen erfolgt durch deren Auflösung.

Lösung des Beispiels: Da der Dalmatiner von O kein Mensch ist, ist er nicht rechtsfähig. Das BGB behandelt ihn vielmehr als „Sache“ im Sinne von § 90 BGB (auch wenn § 90 a BGB als „Kosmetiknorm ohne rechtlichen Wert“ klarstellt, dass Tiere keine Sachen sind). Der Hund kann daher nicht die Stellung eines Erben einnehmen.

Übersicht: Juristische Personen



2.1.2. Geschäftsfähigkeit

Die Geschäftsfähigkeit ist von der Rechtsfähigkeit zu unterscheiden. Jeder Mensch ist rechtsfähig, aber bei weitem nicht jeder Mensch ist geschäftsfähig.



Die Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, durch eigene Willenserklärungen wirksam Rechte zu erwerben und Pflichten zu begründen. Rechtsfähigkeit ist also die Voraussetzung dafür, wirksam Rechtsgeschäfte vornehmen zu können.

Rechtsgeschäfte begründen für die Beteiligten (in vielen Fällen) Vor- und Nachteile. Diese Überlegung führte den Gesetzgeber zur Einsicht, bestimmten, schutzwürdigen Personengruppen die Rechtsfähigkeit ganz oder zum Teil abzusprechen. Es liegt auf der Hand, dass ein Kleinkind oder ein Geisteskranker nicht oder nur zum Teil die Tragweite ihres Handelns erfassen. Das Gesetz möchte aber nur denjenigen in die volle Verantwortung lassen, der ein Mindestmaß an Einsicht in die Folgen seines Handelns hat. Diese Frage der Verantwortlichkeit für das rechtliche Handeln regelt das BGB in den §§ 104 ff. BGB. Die genannten Vorschriften dienen damit dem Schutz der nicht oder nicht voll Einsichtsfähigen.

Das BGB unterscheidet nach dem Grad der Einsichtsfähigkeit:

→ Geschäftsunfähig gem. § 104 BGB sind

- Personen, die das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 104 Nr. 1 BGB),
- Personen mit fortgesetzter, krankhafter Störung der Geistestätigkeit, sofern die Störung ein Maß erreicht, das die freie Willensbildung nicht zulässt (§ 104 Nr. 2 BGB).

Die Willenserklärungen der Geschäftsunfähigen sind gem. § 105 I BGB nichtig (= von Anfang an ungültig).

→ Beschränkt geschäftsfähig sind gem. §§ 2, 106 BGB Minderjährige, die das siebte Lebensjahr, aber noch nicht das achtzehnte vollendet haben, sowie Betreute mit Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB).

Rechtsgeschäfte beschränkt Geschäftsfähiger sind nicht per se nichtig. Vielmehr richten sich die Rechtsfolgen nach den §§ 107, 108 BGB (bzw. § 1903 BGB).

Nach § 107 BGB kann ein Minderjähriger Willenserklärungen, die ihm nicht nur einen rechtlichen Vorteil verschaffen, sondern auch (rechtlich nachteilige) Verpflichtungen auferlegen, nur mit der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters wirksam abgeben. Willenserklärungen hingegen, die einen lediglich rechtlichen Vorteil begründen, sind wirksam (§ 107 BGB). Dabei ist entscheidend, dass der Vorteil rein rechtlich zu sehen ist, wirtschaftliche Gesichtspunkte spielen keine Rolle. So ist der Kauf einer Goldmünze durch einen 12-jährigen für 1 DM schwebend unwirksam, da der Minderjährige durch den Kaufvertrag die rechtliche Pflicht „Kaufpreiszahlung“ (§ 433 II BGB) eingeht.

Einen lediglich rechtlichen Vorteil erlangt der Minderjährige im Wesentlichen beim Erwerb von Rechten durch das Verfügungsgeschäft des Vertragspartners und durch die Annahme einer Schenkung, solange mit der Schenkung keine persönliche Verpflichtung des Minderjährigen einhergeht (z.B. Schenkung unter Auflage, § 525 BGB).

Rechtsgeschäfte, die weder einen rechtlichen Vorteil noch einen Nachteil begründen nennt man „neutrale Rechtsgeschäfte“. Über den Wortlaut des § 107 BGB hinaus sind auch diese Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam.

Solange die Zustimmung (§ 182 BGB) des gesetzlichen Vertreters nicht vorliegt, ist die rechtlich nachteilige Willenserklärung des Minderjährigen „schwebend unwirksam“. Wird die Zustimmung vom gesetzlichen Vertreter im Voraus durch „Einwilligung“ (§ 183 S. 1 BGB) oder nachträglich durch „Genehmigung“ (§ 184 I BGB) erteilt, so ist die Willenserklärung ab diesem Zeitpunkt voll wirksam. Wird die Zustimmung endgültig verweigert, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam. Wird der Minderjährige in der Zeit der schwebenden Unwirksamkeit einer Willenserklärung volljährig, so tritt seine eigene Genehmigung an die Stelle der Genehmigung der Eltern, die nunmehr keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes haben.

Die Zustimmung zum schwebend unwirksamen Rechtsgeschäft kann sowohl dem Minderjährigen als auch dem Vertragspartner des Minderjährigen gegenüber erklärt werden. Nur wenn der Vertragspartner des Minderjährigen den gesetzlichen Vertreter auffordert, sich zur Genehmigung zu äußern, so muss dies direkt diesem gegenüber geschehen (§ 108 II BGB). Sind zwei Wochen verstrichen, ohne dass der gesetzliche Vertreter der Aufforderung, sich über die Genehmigung zu erklären, nachgekommen ist, gilt gem. § 108 II 2 BGB die Genehmigung als verweigert.

Gem. § 109 I BGB kann der Vertragspartner die Willenserklärung jederzeit frei widerrufen. War ihm die Minderjährigkeit allerdings bekannt, so ist ein Widerruf gem. § 109 II BGB nur dann zulässig, wenn ihm der Minderjährige die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vorgetäuscht hat. Ansonsten wird der gute Glaube des Gegenübers in die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen nicht geschützt. Der Gesetzgeber räumt damit dem Minderjährigenschutz Vorrang vor dem Verkehrsschutz ein.

Neben den genannten rechtlich neutralen und vorteilhaften Geschäften darf der Minderjährige auch Rechtsgeschäfte tätigen, die er mit Mitteln erfüllt, die ihm die Erziehungsberechtigten zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung überlassen haben (§ 110 BGB – „Taschengeldparagraph“).



Voraussetzungen des § 110 BGB sind:

- Der Minderjährige muss die Leistung, zu der er sich verpflichtet hat „bewirkt“ haben. Das ist dann und nur dann der Fall, wenn er sie restlos erbracht hat und nicht, wenn er beispielsweise Ratenzahlung vereinbart hat;

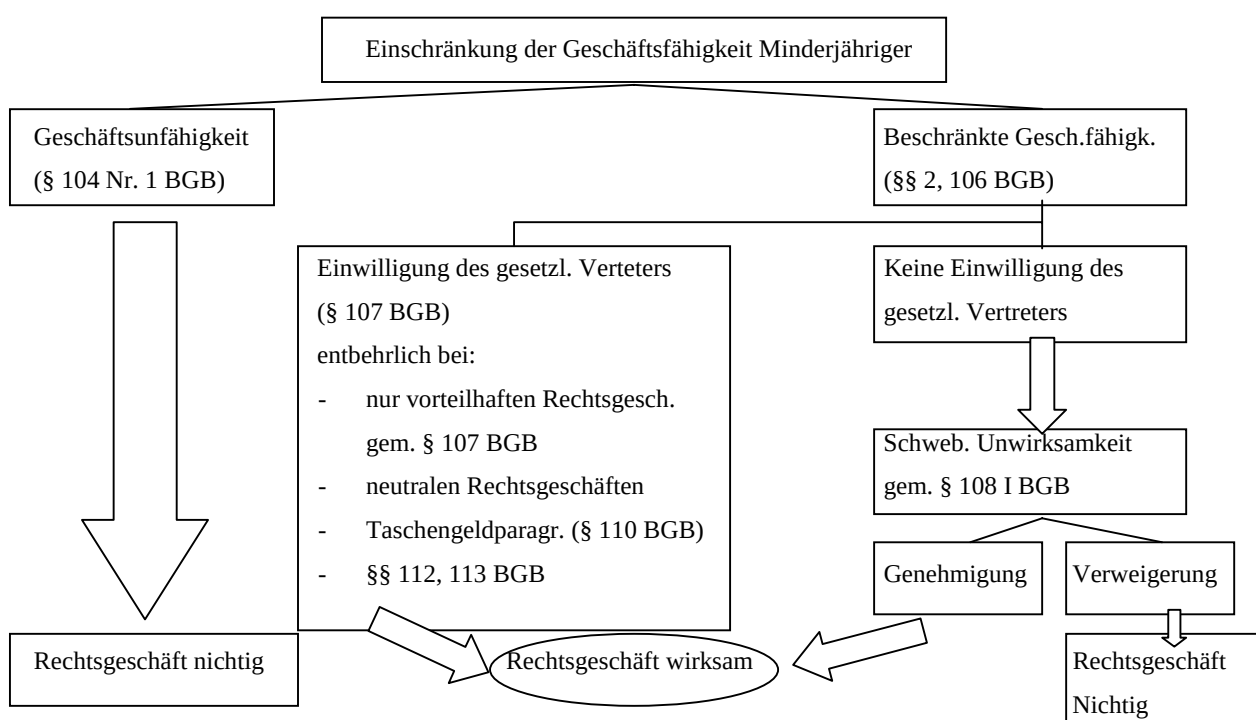
- Die Mittel, mit denen er die Leistung bewirkt, müssen ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung vom gesetzlichen Vertreter überlassen worden sein.

Wie weit diese Einwilligung reicht, ist im Einzelfall durch Auslegung zu bestimmen (§§ 133, 157, 242 BGB). So ist der Kauf von Lehrbüchern für 20 DM eher gedeckt als der Kauf von Zigaretten für 5 DM seitens eines Zehnjährigen.

Unbeschränkt geschäftsfähig ist der Minderjährige, der eine Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters und gegebenenfalls des Vormundschaftsgerichtes (§§ 1643, 1822 BGB) zum Betrieb eines von ihm selbst geführten Erwerbsgeschäfts besitzt. Dies gilt gem. § 112 BGB jedoch nur für solche Geschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt (z.B. Abschluss von Kaufverträgen im Rahmen des An- und Verkaufs von Waren).

Wird der Minderjährige zur Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses ermächtigt, so gilt er gem. § 113 BGB für alle Rechtsgeschäfte als unbeschränkt geschäftsfähig, die mit der Eingehung, Erfüllung und Aufhebung eines derartigen Vertragsverhältnisses zusammenhängen. Hierzu zählen auch alle Rechtsgeschäfte, die Voraussetzung für die Arbeitsaufnahmen sind, zum Beispiel das Anmieten von Büroräumen oder der Kauf von Arbeitsmitteln.

Übersicht: Die Geschäftsfähigkeit im Minderjährigenrecht



2.2. Vertragsschluss und Abstraktionsprinzip

Literaturhinweis: Danne / Keil S. 45 ff., 72 ff.

2.2.1. Einigung durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen: Angebot und Annahme

Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien zustande. Diese Willenserklärungen heißen in der Terminologie des BGB „Antrag“ bzw. „Angebot“ (§ 145 BGB) und „Annahme“ (§ 147 BGB). Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrages ist die Übereinstimmung von Antrag und Annahme, man spricht hierbei von „Einigung“.



Die Willenserklärung kann ausdrücklich geschehen, aber auch durch schlüssiges („konkludentes“) Handeln, zum Beispiel durch Kopfnicken oder Münzeinwurf in einen Automaten. Ist der Inhalt der Erklärung nicht eindeutig, so muss sie ausgelegt werden. Hierbei ist der wirkliche Wille zu erforschen, und zwar so, wie der Empfänger der Willenserklärung sie verstehen durfte (Auslegung vom Empfängerhorizont).

Um die Qualität einer Willenserklärung zu erreichen, muss vom subjektiven Tatbestand her zunächst ein „Handlungswillen“ vorliegen. Dieser fehlt z.B. bei Worten im Schlaf oder Hypnose. Des weiteren muss der die Willensäußerung Tätigende das „Erklärungsbewusstsein“ haben, irgend etwas rechtlich Erhebliches zu erklären. Dies fehlt z.B. beim Handheben in einer Versteigerung, um einen Freund zu grüßen. In einem solchen Fall liegt ebenfalls keine Willenserklärung vor. Nicht zwingend erforderlich ist der „Geschäftswille“, d.h. der Wille, eine ganz bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen. Stimmen Erklärung und Geschäftswille nicht überein, so liegt dennoch eine Willenserklärung vor. Der Erklärende kann aber unter den Voraussetzungen der §§ 119 ff. BGB u.U. die zunächst gültige Willenserklärung anfechten (siehe unten 2.3.)

Kein Angebot ist die bloße „Aufforderung zum Angebot“ (invitatio ad offerendum). Hierbei wird kein bindendes Angebot abgegeben, vielmehr sollen andere zur Abgabe entsprechender Angebote aufgefordert werden (z.B. Preislisten, Schaufensterdekorationen, Warenautomaten).

Der Anbietende ist an sein Angebot gebunden, es sei denn, er hat die Bindung der Erklärung ausgeschlossen (durch Klauseln wie „sine obligo“ o.ä.). Das Angebot erlischt mit der Ablehnung desselben (§ 146 BGB) oder wenn die Annahmefrist überschritten wird.



Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden:

- Wurde die Annahmefrist ausdrücklich bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb dieser Frist erfolgen (§ 148 BGB).
- Ein mündliches Angebot unter Anwesenden kann nur sofort angenommen werden (§ 147 I BGB).
- Ein Angebot unter Abwesenden kann nur so lange angenommen werden, wie der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte (§ 147 II BGB).

Eine Einigung liegt dann vor, wenn das Angebot ohne Modifizierungen angenommen wird. Eine verspätete Annahmeerklärung, Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gelten als Ablehnung verbunden mit einem neuen Angebot (§ 150 BGB).

Schweigen bedeutet im Rechtsverkehr weder Zustimmung noch Ablehnung („Schweigen als rechtliches nullum“). Zu diesem Grundsatz bestehen zahlreiche Ausnahmen, insbesondere im Handelsrecht. So genanntes „beredtes Schweigen“ liegt beispielsweise vor:

- Nach § 362 Handelsgesetzbuch (HGB), wonach Schweigen als Annahme gilt.
- Ebenso nach §§ 516 II, 568, 625 BGB.
- Schweigen gilt gem. § 108 II 2, 177 II 2 BGB als Ablehnung.
- Im Handelsverkehr besteht die Übung, bereits verbindliche Geschäfte durch „kaufkännisches Bestätigungsschreiben“ zu bestätigen. Bei abweichender Bestätigung gilt das Geschäft mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens, wenn der Empfänger nicht unverzüglich widerspricht.

2.2.2. Die „Abgabe“ und der „Zugang“ der Willenserklärung

Jede Willenserklärung wird nicht schon mit ihrer Formulierung wirksam, sondern erst dann, wenn der Erklärende sie

- abgegeben hat und (bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen)
- sie dem Empfänger zugegangen ist.



Empfangsbedürftig sind alle Erklärungen, die an einen Empfänger gerichtet sind; dies ist die große Mehrzahl der Willenserklärungen (z.B. Angebot, Annahme, Anfechtungserklärung, Kündigung). Nur einige wenige Willenserklärungen sind nicht empfangsbedürftig, etwa die Auslobung (§ 657 BGB) oder die Eigentumsaufgabe (§ 959 BGB).

2.2.2.1. Die Abgabe der Willenserklärung

Mit der Abgabe der Willenserklärung wird diese rechtlich existent. Von einer Abgabe spricht man dann,

→ wenn die Erklärung vom Erklärenden willentlich so in den Verkehr gebracht wird, dass ohne sein weiteres Zutun der Zugang der Erklärung eintreten kann.

Beispiel:

V hat in seinem Büro für K ein längeres Kaufvertragsangebot ausformuliert. Am Abend legt er dieses Schreiben auf seinen Schreibtisch, um es am nächsten Tag noch mal in Ruhe zu überdenken, ehe er es dem K zur Unterschrift vorlegen will. V verlässt das Büro. Seine Putzfrau sieht das Schreiben und will dem V einen Gefallen tun, indem sie es an den K schickt. Ist der Vertrag zustande gekommen, wenn K erklärt, er sei „mit dem Angebot einverstanden“?



Ein Vertrag kommt zustande durch zwei wirksame übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145, 147 BGB). Fraglich ist, ob V ein wirksames Angebot abgegeben hat. Die Abgabe setzt voraus, dass die Erklärung *willentlich* so in den Geschäftsverkehr gelangt ist, dass ohne Zutun des Abgebenden der Zugang der Erklärung eintreten kann. Dies ist vorliegend nicht der Fall, vielmehr liegt eine „abhanden gekommene“

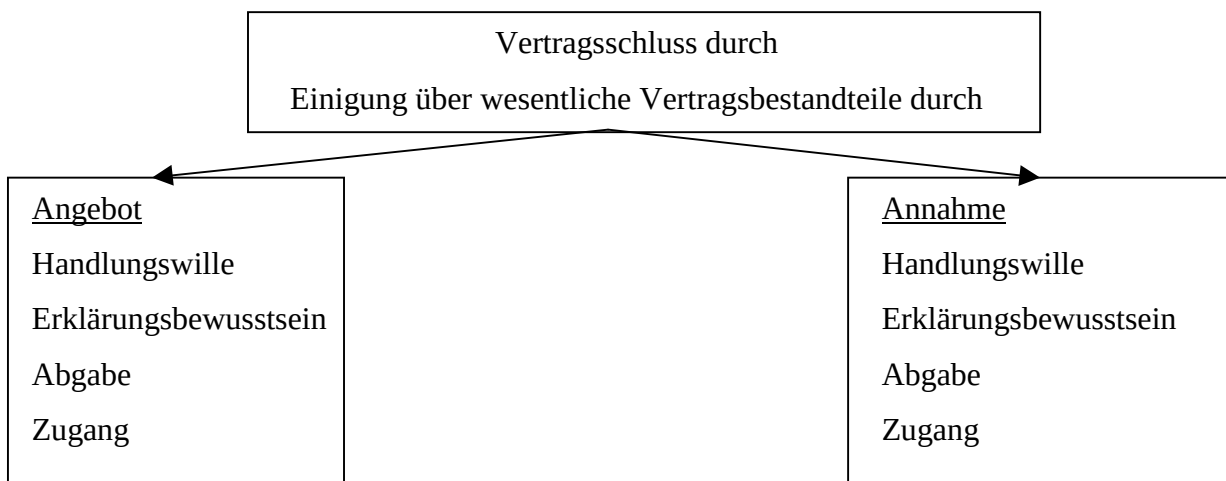
Willenserklärung vor. Mangels Abgabe ist das Angebot somit nicht wirksam geworden, ein Vertrag ist somit nicht zustande gekommen.

2.2.2.2. Der Zugang der Willenserklärung

Unter Anwesenden ist eine schriftliche Erklärung zugegangen, wenn der Erklärende dem Empfänger das Schriftstück übergibt, bei mündlichen Erklärungen unter Anwesenden (hierunter zählt auch telefonisch!) liegt Zugang vor, wenn der Erklärende damit rechnen durfte, dass der Empfänger sie in der zutreffenden Weise vernommen hat (vgl. § 130 BGB). Erklärungen unter Abwesenden sind dann zugegangen, wenn sie so in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt sind, dass dieser sich bei normaler Gestaltung der Lebensverhältnisse Kenntnis vom Erklärungsinhalt verschaffen kann, und die Kenntnisnahme nach den Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs auch zu erwarten ist (§ 130 I BGB).

Verhindert der Empfänger schuldhaft den Zugang (z.B. Zukleben des Briefkastens), so ist er so zu behandeln, als sei die Erklärung zugegangen.

Übersicht: Vertragliche Einigung



2.2.3. Offener und versteckter Einigungsmangel

Angebot und Annahme müssen in allen wesentlichen Punkten übereinstimmen, damit ein Vertragsschluss wirksam zustande kommt. Haben sich die Parteien noch nicht über alle wesentlichen Inhalte des Vertrages geeinigt, liegt ein offener Einigungsmangel im Sinne von § 155 BGB vor („offener Dissens“) mit der Folge, dass kein Vertrag geschlossen wurde. Problematischer sind die Fälle, in denen die Parteien nicht bemerken, dass sie sich entgegen ihrer Ansicht doch noch nicht über alle wesentlichen Vertragsbestandteile geeinigt haben („versteckter Dissens“). Hierzu bestimmt § 155 BGB, dass der Vertrag nur dann als geschlossen gilt, wenn die Parteien ihn auch ohne eine Vereinbarung über den nicht geregelten Punkt geschlossen hätten.

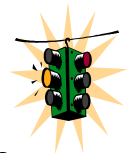
2.2.4. Fehlerhafte Rechtsgeschäfte



Trotz zweier übereinstimmender (kongruenter) Willenserklärungen, die abgegeben wurden und zugegangen sind, stellt die Rechtsordnung in gewissen Fällen Wirksamkeitshindernisse auf. Wird die im deutschen Rechtssystem verankerte „Privatautonomie“ missbraucht, indem gegen fundamentale Prinzipien der Rechtsordnung verstoßen wird, so werden diese Geschäfte vom BGB für unwirksam erklärt.

2.2.4.1. Gesetzliche Verbote

Gem. § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, es sei denn, aus dem Gesetz ergibt sich ein anderes. Maßgebend ist somit der Sinn und Zweck des Gesetzes. Missbilligt ein Gesetz nur die „Art und Weise“ des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts (z. B. Warenverkauf nach Ladenschluss), dann ist es wirksam. Nichtig ist das Rechtsgeschäft dann, wenn das Verbotsgesetz den „Inhalt“ des Rechtsgeschäftes missbilligt (z. B. Rauschgift – „Kaufvertrag“; nichtig gem. §§ 29, 29a BetäubungsmittelG iVm. § 134 BGB).



2.2.4.2. Sittenwidrigkeit

Gem. § 138 I BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen die „guten Sitten“ verstößt. Das ist dann der Fall, wenn das Rechtsgeschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, wobei ein durchschnittlicher Maßstab anzulegen ist. Was als sittenwidrig empfunden wird, variiert entsprechend dem Zeitgeist. Jüngstes Beispiel für den Wandel der Moralansichten ist das am 1.12.2000 ergangene Urteil des Berliner Verwaltungsgerichts, welches erstmals die Sittenwidrigkeit des Prostituiertenvertrages verneinte, sofern dieser nicht von Umständen der Begleitkriminalität beeinflusst ist.

§ 138 II BGB stellt als Sondertatbestand „Wuchergeschäfte“ unter die Nichtigkeitssanktion. Für die Wuchergrenze gilt derzeit ein Übersteigen des marktüblichen Effektivzinses von relativ 100 % oder absolut 12 %. Weiter muss der Zinsverlangende die Unerfahrenheit, Willensschwäche oder Zwangslage des Gegenübers ausgenutzt haben.

2.2.4.3. Weitere Wirksamkeitshindernisse

Rechtsgeschäfte, die gegen ein Veräußerungsverbot verstoßen, sind nichtig (§§ 135, 136 BGB). Ein Veräußerungsverbot wird beispielsweise dem Schuldner im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auferlegt (§ 81 I 1 InsO).

Wird gegen eine zwingende Formvorschrift verstoßen, so führt dies zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes (§ 125 BGB).

Wird eine Willenserklärung im Einverständnis mit dem Vertragspartner nur zum Schein abgegeben, so ist diese nichtig (§ 117 I BGB). Wird mit dem Scheingeschäft ein anderes Geschäft verdeckt, so ist dieses wirksam, sofern seine Gültigkeitsvoraussetzungen vorliegen (§ 117 II BGB).

Behält sich der Erklärende insgeheim vor, das Erklärte nicht zu wollen, so ist dies unbeachtlich, es sei denn, der Empfänger kennt den geheimen Vorbehalt (§ 116 BGB).

Eine nur zum Scherz abgegebene Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit würde erkannt, ist nichtig (§ 118 BGB).

2.2.4.4. Rechtsfolgen der Nichtigkeit

Grundsätzlich erstreckt sich die Nichtigkeit auf das gesamte Rechtsgeschäft. Ausnahme: Bezieht sich die Nichtigkeit nur auf einen eigenständigen, abtrennbaren Teil, ist das Rechtsgeschäft im übrigen wirksam, wenn anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (§ 139 BGB).

Beispiel: A, B, C und M schließen einen Gesellschaftsvertrag. M jedoch ist minderjährig, eine Zustimmung der Eltern existiert nicht. Der Gesellschaftsvertrag zwischen A, B und C bleibt wirksam, wenn anzunehmen ist, die Gesellschaft solle auch ohne M bestehen („fehlerfreie Restgesellschaft“). Hierfür bedarf es konkreter Anhaltspunkte.

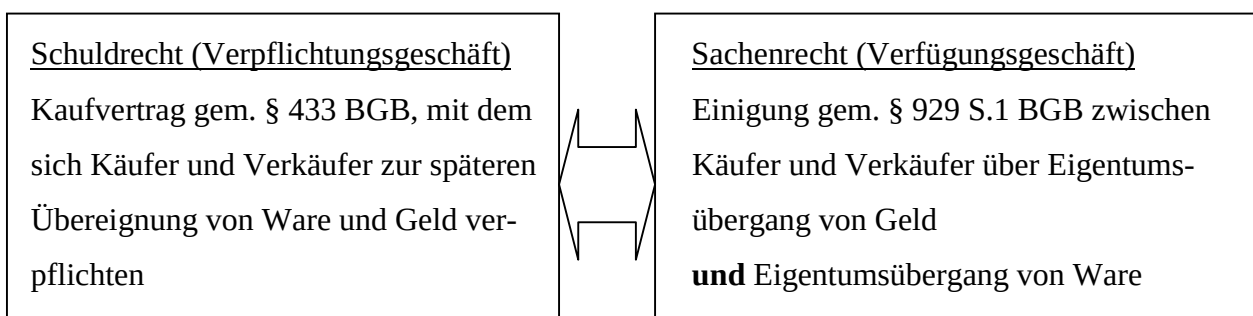
2.2.5 Das „Abstraktionsprinzip“

Das Abstraktionsprinzip ist ein zentraler Punkt des deutschen Rechtssystems. Eine Verletzung des Abstraktionsprinzips in einer Klausurlösung zählt zu den unverzeihlichen Fehlern. Zur besseren Verständlichkeit zunächst folgender Beispielsfall:

A bestellt beim Bäcker B drei Semmeln. Der Bäcker verpackt die Semmeln, reicht sie dem A und nimmt anschließend 1,20 DM von A entgegen. Welche Verträge wurden geschlossen?

- Zunächst wurde ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen, in welchem sich B verpflichtete, Eigentum und Besitz an den Semmeln zu übertragen und A sich verpflichtete, im Gegenzug den Kaufpreis zu zahlen. Man spricht hier vom „Verpflichtungsgeschäft“.
- Anschließend erfüllte B seine Verpflichtung durch Eigentumsübertragung und Übergabe der Semmeln gem. § 929 S. 1 BGB. Man spricht hier vom „Verfügungsgeschäft“ oder vom „dinglichen Rechtsgeschäft“.
- Auch A erfüllte seine Verpflichtung durch Eigentumsübertragung und Übergabe des Kaufpreises gem. § 929 S. 1 BGB. Auch hier handelt es sich wiederum um ein „Verfügungsgeschäft“ bzw. ein „dingliches Rechtsgeschäft“. Insgesamt liegen also rechtlich drei Verträge vor mit insgesamt sechs Willenserklärungen.

Übersicht: Abstraktionsprinzip



Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft sind rechtlich voneinander getrennt. Das Verfügungsgeschäft ist wirksam, ohne dass es dafür auf die Wirksamkeit des zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts ankommt; es ist also in seinem Bestand von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts „abstrahiert“ („Abstraktionsprinzip“). Eine wirksame Eigentumsübertragung gem. § 929 S. 1 BGB kann also auch dann zu Stande kommen, wenn das zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft durch Anfechtung (§ 142 I BGB) nichtig ist.

Zu bemerken ist noch, dass es nicht ohne Rechtsfolgen bleibt, wenn das einer Verfügung zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist. Denn besteht keine wirksame Verpflichtung zu der Verfügung, dann ist die Verfügung „ohne rechtlichen Grund“ vorgenommen worden und kann aufgrund des § 812 I 1 Alt. 1 BGB wegen „ungerechtfertigter Bereicherung“ rückgängig gemacht werden.

2.3. Anfechtung

Literaturhinweis: Danne / Keil S. 59 – 63

In bestimmten Fällen erschien es dem Gesetzgeber ungerecht, eine Person an die von ihr abgegebene Willenserklärung gebunden zu halten. Dieser Überlegung trägt das BGB in den Anfechtungsregeln der §§ 119 ff. BGB Rechnung, worin dem Erklärenden die Möglichkeit



der Anfechtung eröffnet wird, wenn er (oder sein Bote, § 120 BGB) seine Willenserklärung auf Grund eines Irrtums (§§ 119, 120 BGB) oder auf Grund einer arglistigen Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB) abgegeben hat.

Die Anfechtung bewirkt gemäß § 142 I BGB, dass das Rechtsgeschäft als von Anfang an („ex tunc“) nichtig behandelt wird, sobald die Anfechtung wirksam gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner (§ 143 BGB) erklärt worden ist.

Eine wirksame Anfechtung hat im Wesentlichen drei Voraussetzungen:

- Der Anfechtende muss einen Anfechtungsgrund haben;
- Die Anfechtungserklärung muss wirksam abgegeben worden sein;
- Die Anfechtung muss fristgerecht erfolgt sein.



2.3.1. Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 BGB)

Gemäß § 119 BGB ist ein Anfechtungsgrund gegeben, wenn die Person bei Abgabe der Willenserklärung sich in einem Irrtum befand.

Ein Irrtum ist dann gegeben, wenn beim Erklärenden Wille und Erklärung unbewusst auseinander fallen.

2.3.1.1. Der Inhaltsirrtum (§ 119 I Alt. 1 BGB)

Ein Inhaltsirrtum liegt dann vor, wenn der Erklärende die Erklärung abgibt, die er abgeben will, aber mit ihrem Inhalt einen anderen Sinn verbindet.

Beispiel: Eine Internatsleiterin bestellt „10 Gros Toilettenpapier“ in der Annahme, es handle sich um 10 „Großpackungen“. Tatsächlich bedeutet ein Gros 12 Dutzend.

2.3.1.2. Der Erklärungsirrtum (§ 119 I Alt. 2 BGB)

Ein Erklärungsirrtum liegt dann vor, wenn der Erklärende sich des äußeren Erklärungstatbestandes nicht bewusst ist, er will an sich etwas Anderes erklären. Hauptfälle hier sind Versprechen und Verschreiben.

Beispiel: Der Vermieter will einen Mietzins von 775 € festlegen, schreibt aber 577 €.

Streng abzugrenzen hiervon ist der grundsätzlich anfechtungstechnisch unbeachtliche „Motivirrtum“. Hier liegt der Irrtum allein im Beweggrund der Erklärung. Bestellt der glücklich Verliebte M zwei Eheringe, so besteht kein Anfechtungsgrund des Kaufvertrages, wenn die Hochzeit platzt.

2.3.1.3. Der Eigenschaftsirrtum (§ 119 II BGB)

Ein ausnahmsweise doch beachtlicher Motivirrtum ist der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person oder Sache.

Eigenschaft einer Person oder Sache sind alle wertbildenden Faktoren, d.h. alle Tatsachen, die den Wert einer Sache oder Person erhöhen und dieser unmittelbar und auf gewisse Dauer anhaften.

Beispiel: Irrt sich der Käufer eines Gemäldes über das Alter und die Echtheit eines Gemäldes, so besteht der Anfechtungsgrund des Eigenschaftsirrtums, da Alter und Echtheit Eigenschaften sind, die den Wert einer Sache erhöhen und dieser unmittelbar und auf gewisse Dauer anhaften. Die Schwangerschaft einer Person ist keine Eigenschaft, sondern ein vorübergehender Zustand.



Die Anfechtung wegen Irrtums verpflichtet den Anfechtenden gemäß § 122 BGB zum Ersatz des Vertrauensschaden, d.h. desjenigen Schadens, den der Anfechtungsgegner dadurch erleidet, dass er auf die Wirksamkeit der Erklärung vertraute.

2.3.2. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB)

Anfechtbar sind Willenserklärungen, die durch Täuschung oder Drohung bewirkt worden sind. Voraussetzung für die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung sind:

- Der Erklärende wurde getäuscht.
- Der Täuschende handelte arglistig, d.h. er hatte das Bewusstsein, dass der Erklärende ohne die Täuschung seine Willenserklärung nicht oder nicht mit dem geäußerten Inhalt abgegeben hätte.
- Zwischen Täuschung und Willenserklärung besteht ein ursächlicher Zusammenhang.

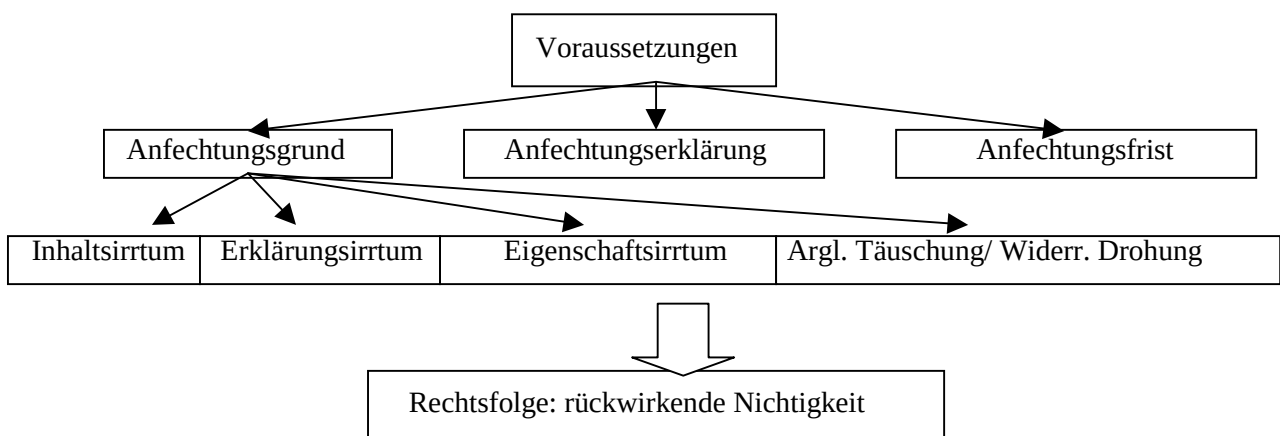
Beispiel: Der Gebrauchtwagenhändler G verschweigt beim Kauf eines Gebrauchtwagens trotz konkreter Nachfragen seitens des Käufers K einen Unfall, bei dem der Rahmen des PKW verzogen wurde. Anfechtbar gem. § 123 I BGB.

2.3.3. Wirksamkeit der Anfechtungserklärung

Neben dem Anfechtungsgrund muss zur Erlangung der Rechtsfolge des § 142 I BGB auch eine wirksame Anfechtungserklärung vorliegen. Dabei sind folgende Punkte zu beachten:

- Für die Anfechtungserklärung genügt es, wenn der Erklärende aus Sicht des objektiven Empfängers zu erkennen gibt, dass er die Willenserklärung nicht gelten lassen will. Des ausdrücklichen Wortes „Anfechtung“ bedarf es nicht.
- Die Anfechtung hat innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfrist zu erfolgen. Bei Anfechtung wegen Irrtums ist dies gem. § 121 BGB „unverzüglich“ nach Bemerken des Irrtums. Im Falle der arglistigen Täuschung und Drohung legt § 124 BGB eine Jahresfrist vom Zeitpunkt des Entdeckens der Täuschung bzw. der Beendigung der Zwangslage fest.
- Die Erklärung hat gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner zu erfolgen (§ 143 BGB). Bei Verträgen ist dies grundsätzlich der Vertragspartner.

Übersicht: Anfechtung



2.4. Stellvertretung

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 76 ff.

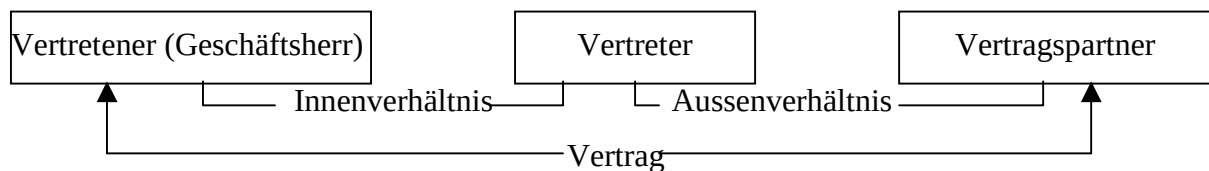
Führich, S. 102 ff.



Im bestehenden Wirtschaftsleben ist es in vielen Fällen weder möglich noch sinnvoll, dass stets derjenige, der ein Rechtsgeschäft vornehmen möchte, dies selbst tut. Diese Notwendigkeit erkannte bereits der Gesetzgeber vor

hundert Jahren und trug dem durch die Einführung des Stellvertreterrechts in den §§ 164 ff. BGB Rechnung. Im Stellvertretungsrecht kommen naturgemäß drei Personen vor: der Vertretene (Geschäftsherr), der Vertreter und der Vertragspartner:

Übersicht: Personen im Stellvertretungsrecht



Arten der Stellvertretung sind:

- Die rechtsgeschäftliche Stellvertretung, in der einem Vertreter durch Rechtsgeschäft Vertretungsmacht (= „Vollmacht“, vgl. § 167 I BGB) erteilt wird.
- Die organschaftliche Stellvertretung. Für juristische Personen wird die Handlungsfähigkeit erst durch vertretungsbefugte natürliche Personen hergestellt; diese handeln als „Organe“ der juristischen Person stellvertretend für diese.
- Die gesetzliche Stellvertretung. In bestimmten Fällen ordnet das Gesetz selbst an, dass eine Person durch eine andere vertreten werden muss. Hauptfall ist die Vertretung Minderjähriger durch deren gesetzliche Vertreter (§§ 1626, 1629 BGB).

Vorliegend soll die rechtsgeschäftliche Stellvertretung näher beleuchtet werden.

Eine wirksame Stellvertretung ist nur dann gegeben, wenn folgende Voraussetzungen der §§ 164 ff. BGB erfüllt sind:

- Zulässigkeit der Stellvertretung
- Abgabe einer *eigenen* Willenserklärung durch den Vertreter
- Handeln im fremden Namen („Offenkundigkeitsprinzip“)
- Vertretungsmacht

2.4.1. Die Zulässigkeit der Stellvertretung

Eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung ist immer zulässig, sofern das Rechtsgeschäft nicht „höchstpersönlicher“ Natur ist. Eine Stellvertretung ist beispielsweise bei der Eheschließung (§ 1311 S. 1 BGB) als höchstpersönlicher Akt nicht zulässig. Ebenso unzulässig ist Stellvertretung bei Testamenterrichtung (§§ 2064, 2247 I BGB) oder Erbvertrag (§ 2274 BGB).

2.4.2. Die Abgabe einer *eigenen* Willenserklärung durch den Vertreter

An dieser Stelle ist zum „Boten“ abzugrenzen, der eine *fremde* Willenserklärung übermittelt. Für den Boten sind die §§ 164 ff. BGB nicht anzuwenden. Wesentliches Abgrenzungsmerkmal ist der Entscheidungsspielraum, der der handelnden Person eingeräumt wird. Hat der Betreffende einen gewissen Entscheidungsspielraum, so gibt er als Vertreter eine eigene Willenserklärung ab, fehlt dieser, so gibt er als Bote eine fremde ab. Die Unterscheidung erlangt insbesondere dann Bedeutung, wenn die Hilfsperson geschäftsunfähig ist. Während dies bei einem Boten unschädlich ist, muss nach § 165 BGB der Vertreter zumindest beschränkt geschäftsfähig sein. Auch wenn Willensmängel auftreten, ist die Unterscheidung Bote – Vertreter relevant: Während bei Botenschaft § 120 BGB einschlägig ist (bei dem es auf den Willensmangel des Geschäftsherrn ankommt), ist bei Vertretung § 166 I BGB anwendbar (bei dem es auf den Willensmangel des Vertreters ankommt).

2.4.3. Handeln im fremden Namen („Offenkundigkeitsprinzip“)

Der Vertreter muss im fremden Namen handeln, d.h. im Namen des Vertretenen. Der Vertreter muss sich nicht ausdrücklich als solcher zu erkennen geben, wenn es den äußeren Umständen zu entnehmen ist, dass die Erklärung für einen Dritten erfolgen soll (vgl. § 164 I 2 BGB). Entscheidend ist alleine, dass der Vertragspartner erkennen kann, dass er es mit zwei Personen zu tun hat. Legt der Vertreter nicht offen, dass er für einen Dritten handelt, so liegt gem. § 164 II BGB ein Eigengeschäft des Vertreters vor.



Eine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips liegt beim sog. „Geschäft für den, den es angeht“ vor. Bei Bargeschäften des täglichen Lebens, die sofort erfüllt werden, ist es dem Geschäftspartner regelmäßig gleichgültig, ob der Handelnde für sich oder für einen anderen abschließt. Verfügt der Handelnde über Vertretungsmacht und Vertretungswillen, kommt es

daher auch ohne Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips zum Geschäftsabschluss mit dem Vertretenen.

Beispiel: Die 18-jährige Schülerin S kauft für ihren 20-jährigen Freund F auf dessen Bitten hin am Kiosk einen Schokoladenriegel. Auch ohne Offenlegung der Vertretung gegenüber dem Verkäufer V kommen Kaufvertrag und Verfügungsgeschäft unmittelbar zwischen V und F zu Stande.

2.4.4. Vertretungsmacht

Der Vertreter muss im Besitz einer wirksam eingeräumten Vertretungsmacht sein (§ 167 I BGB). Durch die Vollmacht wird der Bereich bestimmt, innerhalb dessen der Vertreter für den Vertretenen Geschäfte tätigen darf. § 167 I BGB unterscheidet zwischen „Innenvollmacht“ und „Außenvollmacht“.

- Die Erteilung einer Vollmacht an den Vertreter nennt man Innenvollmacht.
- Wird die Vollmacht in der Weise erteilt, dass sie gegenüber Dritten wirksam ist, liegt eine Außenvollmacht vor. Sie geschieht durch Mitteilung an einen Dritten, durch öffentliche Bekanntmachung oder durch die Ausstellung eines Vertreterausweises (§§ 171 I, 172 I BGB).

Die Erteilung einer Vollmacht ist formlos möglich (§ 167 II BGB). Eine Ausnahme ist nur für den Fall vorgesehen, dass eine Vollmacht unwiderruflich erteilt wird. Hier folgt das Formerfordernis für die Vollmacht dem Rechtsgeschäft, welches mit ihr getätigt werden soll.

Beispiel: Die unwiderrufliche Bevollmächtigung zum Erwerb eines Grundstücks bedarf wie der Kauf des Grundstücks selbst gem. § 313 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung.

Der Umfang der Vertretungsmacht kann unterschiedlichster Natur sein.

- Der Geschäftsherr kann seinen Vertreter mit „Spezialvollmacht“ ausstatten, die nur zum Abschluss eines ganz bestimmten Rechtsgeschäfts ermächtigt.
- Im Geschäftsleben weit verbreitet ist die „Gattungsvollmacht“, wonach Angestellte zur wiederkehrenden Abgabe von Willenserklärungen in ganz bestimmten Geschäftsbereichen ermächtigt sein sollen.

- Zu Rechtsgeschäften aller Art bevollmächtigt sind Inhaber von „allgemeiner Handlungsvollmacht“, sofern diese gewöhnlich im Geschäftsbereich des Vertretenen vorkommen (§ 54 HGB). Für außergewöhnliche Rechtsgeschäfte bedarf es stets einer speziellen Vollmacht (§ 54 II HGB).
- Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht mit gesetzlich vorgeschriebenem Umfang ist die Prokura (§§ 48 ff. HGB). Der Prokurist ist zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsgeschäften berechtigt, die der Betrieb „eines“ (nicht des bestimmten!) Handelsgewerbes mit sich bringt. Zur Wirksamkeit bedarf die Prokura der Eintragung ins Handelsregister (§ 53 HGB).
- Eine andere Variante der Vollmacht ist die „Duldungs- oder Anscheinsvollmacht“. Hier hat der Geschäftsherr dem Vertreter zwar keine ausdrückliche Vollmacht erteilt, aber er weiß (dann Duldungsvollmacht) beziehungsweise müsste bei pflichtgemäßer Sorgfalt wissen (dann Anscheinsvollmacht), dass ein Dritter für ihn tätig wird und unternimmt nichts dagegen. Ist der Vertragspartner dann noch gutgläubig, so wird der Geschäftsherr so behandelt, als hätte er wirksam Vertretungsmacht erteilt.

Die Vollmacht erlischt

- durch Erledigung des Rechtsgeschäftes, sofern eine Spezialvollmacht hierfür vorlag,
- durch Zeitablauf bei einer befristeten Erteilung,
- durch Widerruf gem. § 168 S. 2 BGB,
- mit dem Erlöschen des Grundgeschäftes, d.h. mit der Auflösung des zwischen dem Vertretenem und Vertreter bestehenden Rechtsverhältnisses (§ 168 BGB), beispielsweise mit Auflösung des Arbeitsvertrages (§ 611 BGB).

Beim Erlöschen einer Außenvollmacht muss beachtet werden, dass das Gesetz besondere Anforderungen stellt.

- Wurde die Vollmacht gegenüber Dritten erteilt, so ist das Erlöschen diesen gegenüber anzuzeigen (§§ 170, 171 II BGB).
- Bei Erteilung durch öffentliche Bekanntmachung muss auch das Erlöschen öffentlich bekannt gemacht werden (§ 171 II BGB).
- Eine Prokura erlischt nach Außen durch Eintragung des Erlöschens im Handelsregister (§ 53 III HGB).

Überschreitet ein Vertreter die Grenzen seiner Vertretungsmacht oder besitzt er überhaupt keine, so sind die Vorschriften der §§ 177 bis 179 BGB einschlägig. Nach § 177 I BGB ist ein Vertrag, der im Namen eines anderen ohne Vertretungsmacht geschlossen wurde, schwebend unwirksam. Das heißt, dass der auf diese Weise „Vertretene“ das Rechtsgeschäft noch genehmigen kann. Geschieht dies nicht, so ist das Geschäft endgültig unwirksam. In diesem Fall gewährt § 179 I BGB dem Vertragspartner ein Wahlrecht: Er kann entweder vom Vertreter ohne Vertretungsmacht Erfüllung des Vertrages verlangen oder Schadensersatz. Die Haftung entfällt, wenn der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht kennt oder wenn es sich um einen beschränkt Geschäftsfähigen handelt, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters tätig wurde (§ 179 III BGB).

2.5. Verjährung / Hemmung

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 43

Führich, S. 118 - 122

2.5.1. Verjährungsfristen

Das Gesetz sieht vor, dass ein Schuldner nach dem Ablauf einer bestimmten Frist das Recht haben soll, die Leistung zu verweigern, indem er die Einrede der Verjährung erhebt. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden zu dienen. Auf diese Weise wird der Gläubiger angehalten, seine Ansprüche in gewisser Zeit durchzusetzen, bevor der Schuldner in Beweisnot gerät, weil er beispielsweise keine Belege mehr hat. Die Verjährung bewirkt nicht, dass der Anspruch erlischt, sie bewirkt lediglich, dass die Erzwingbarkeit verloren geht. Andererseits muss der Schuldner gegenüber dem Gläubiger gegenüber die Einrede der Verjährung tatsächlich geltend machen, denn die Verjährung ist nicht (wie eine Einwendung, vgl. Einführungsskript) von selbst wirksam. Der Verjährung unterliegen nur Ansprüche, d.h. Rechte, die ein Tun oder Unterlassen zum Inhalt haben (§ 194 BGB).



Die Verjährungsfristen sind vornehmlich in den §§ 195 ff. BGB geregelt. Einige Ansprüche unterliegen speziellen Verjährungsfristen, so etwa der Gewährleistungsanspruch aus

Kaufvertrag (§ 477 BGB), der Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung (§ 852 BGB) oder der Ersatzanspruch aus Mietverhältnissen (§ 558 I BGB). Die längste Verjährungsfrist, die das BGB kennt, beträgt 30 Jahre. In 30 Jahren verjähren beispielsweise die Herausgabeansprüche aus absoluten Rechten (z.B. § 985 BGB – Herausgabeanspruch des Eigentümers gegenüber dem unrechtmäßigen Besitzer). Die meisten Fristen sind jedoch wesentlich kürzer gefasst.

2.5.2. Hemmung der Verjährung / Neubeginn der Verjährung

Durch bestimmte Handlungen kann der Gläubiger verhindern, dass die Verjährungsfrist abläuft, denn sonst hätte es der Schuldner in der Hand, durch „Verzögerungstaktik“ in den Genuss der Einrede zu kommen. Die Verjährung wird beispielsweise gehemmt aus familiären Gründen: Die Verjährung ist gehemmt, solange die Ehe besteht.

Durch die Hemmung wird der Fristenlauf „eingefroren“, fällt der Hemmungsgrund weg, so läuft die Frist an der Stelle weiter, an der sie angehalten wurde.

Die Verjährung beginnt „von vorne“, wenn ein „Unterbrechungsgrund“ vorliegt. Das Gesetz nennt in den Verjährungsvorschriften beispielsweise den Versuch einer Vollstreckungshandlung seitens des Gläubigers als Unterbrechungsgrund.

2.6. Zusammenfassende Übersicht: Vertragliche Einigung

A. Anspruch entstanden

I. Wirksame Einigung

1. Angebot (§ 145 BGB)

- a. Handlungswille
- b. Erklärungsbewusstsein
- c. Abgabe
- d. Zugang

2. Annahme des Angebots (§ 147 BGB)

- a. Handlungswille
- b. Erklärungsbewusstsein
- c. Abgabe
- d. Zugang
- e. Fristgerechte Annahme (§ 148 BGB)
- f. Ohne Modifikationen (§ 150 BGB)

II. Keine Wirksamkeitshindernisse (z. B. §§ 104 ff., 125, 134, 138 BGB)

B. Anspruch nicht untergegangen (z. B. durch Erfüllung gem. § 362 BGB oder Anfechtung gem. § 142 I BGB iVm. §§ 119 ff. BGB)

C. Keine Einreden (z. B. Einrede der Verjährung gem. §§ 222 I, 195 ff., 447 BGB etc.)



2.7. Kontrollfragen

Frage 1

Das BGB kennt zwei Kategorien von rechtsfähigen Personen, welche sind dies?

Frage 2

Wann beginnt, wann endet (grundsätzlich) die Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person?

Frage 3

Nennen Sie Beispiele von juristischen Personen des Privatrechts!

Frage 4

Welche Kategorien von Geschäftsfähigkeit kennt das BGB?

Frage 5

In welchen Fällen sind Willenserklärungen eines beschränkt Geschäftsfähigen (ausnahmsweise) wirksam?

Frage 6

Nennen Sie die Voraussetzungen des „Taschengeldparagrafen“ (§ 110 BGB)!

Frage 7

Wie lange kann ein Angebot unter Abwesenden angenommen werden?

Frage 8

Wie ist eine verspätete Annahmeerklärung, eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen zu behandeln?

Frage 9

Wie ist die Definition der „Abgabe“ der Willenserklärung?

Frage 10

Wann ist eine Willenserklärung unter Abwesenden zugegangen?

Frage 11

Nennen Sie Wirksamkeitshindernisse, die sofortige (anfängliche) Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bewirken!

Frage 12

Nennen Sie die Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung!

Frage 13

Nennen Sie fünf Anfechtungsgründe des BGB!

Frage 14

Nennen Sie die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung

Frage 15

Was versteht man unter dem „Offenkundigkeitsprinzip“? Nennen Sie eine Ausnahme hiervon!

Frage 16

Welche Paragraphen regeln den Fall, dass ein Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte?

Frage 17

Welche Arten von Vertretungsmacht können (grob) unterschieden werden?



2.8. Antworten

Antwort 1

„Natürliche Personen“ und „juristische Personen“

Antwort 2

Beginn: Geburt (ausnahmsweise schon vor Geburt aber nach Zeugung im Erbrecht, § 1923 II BGB)

Ende: Hirntod

Antwort 3

Vereine, Stiftungen, GmbH, Aktiengesellschaft, Genossenschaft (etc...)

Antwort 4

Geschäftsunfähigkeit, beschränkte Geschäftsfähigkeit, volle Geschäftsfähigkeit

Antwort 5

Ausnahmsweise wirksam sind Willenserklärungen eines beschränkt Geschäftsfähigen bei:

Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB), auch ohne Einwilligung bei nur rechtlich vorteilhaften bzw. neutralen Rechtsgeschäften (vgl. § 107 BGB),

Taschengeldgeschäften (§ 110 BGB), im Falle der §§ 112, 113 BGB und bei Genehmigung von schwebend unwirksamen Rechtsgeschäften (§ 108 BGB).

Antwort 6

Vollständige „Bewirkung“ der Leistung mit Mitteln, die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung vom gesetzlichen Vertreter überlassen wurden

Antwort 7

So lange, wie der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte (§ 147 II BGB) bzw. innerhalb einer gewillkürten Frist (§ 148 BGB)

Antwort 8

Besagte Fälle gelten als Ablehnung des Angebots verbunden mit einem neuen Angebot (§ 150 BGB)

Antwort 9

Abgabe = Willentliches in Verkehr bringen, so dass ohne weiteres Zutun des Erklärenden der Zugang der Erklärung eintreten kann

Antwort 10

Erklärungen unter Abwesenden sind dann zugegangen, wenn sie so in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt sind, dass dieser sich bei normaler Gestaltung der Lebensverhältnisse Kenntnis vom Erklärungsinhalt verschaffen kann, und die Kenntnisnahme nach den Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs auch zu erwarten ist (§ 130 I BGB).

Antwort 11

Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), Formunwirksamkeit (§ 125 BGB), Scheingeschäfte (§ 117 I BGB), Scherzgeschäfte (§ 118 BGB).

Antwort 12

Anfechtungsgrund, Anfechtungserklärung, Anfechtungsfrist

Antwort 13

Inhaltsirrtum, Erklärungsirrtum, Eigenschaftsirrtum, arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung

Antwort 14

Zulässigkeit, Abgabe einer eigenen Willenserklärung durch den Vertreter, Handeln im fremden Namen („Offenkundigkeitsprinzip“), Vertretungsmacht

Antwort 15

Offenlegung der Tatsache der Vertretung.

Ausnahme: Geschäft für den, den es angeht

Antwort 16

§§ 177, 179 BGB

Antwort 17

Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (= Vollmacht gem. § 167 I BGB), gesetzliche Vertretungsmacht (z.B. Vertretungsmacht der Eltern gem. §§ 1626, 1629 BGB) und organschaftliche Vertretungsmacht (z. B. Komplementär in OHG, § 125 HGB)

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 3: Titel Schuldrecht

Referent : Prof. Dr. Josef Scherer

Sendetermin: 04.04.2001

Skriptum:

Übersicht:

3. Schuldrecht

3.1 Vertragsarten allgemein und Verträge im IT-Bereich, insbesondere im Bereich des E-Commerce

- 3.1.1 Kaufvertrag
- 3.1.2 Werkvertrag/Werklieferungsvertrag
- 3.1.3 Darlehensvertrag
- 3.1.4 Miet-/Pachtvertrag
- 3.1.5 Dienstleistungs-/Arbeitsvertrag
- 3.1.6 Sonstige Verträge (Reisevertrag/Verträge sui generis/Typenkombinationsverträge, insbesondere Geschäftsbesorgungsvertrag)
- 3.1.7 Einordnung von Online-Verträgen

3.2 Hinweise und Tipps zur Vertragsgestaltung

- 3.2.1 Willens- und Zielermittlung
- 3.2.2 Vertragstypen
- 3.2.3 Instrumente der Vertragsgestaltung
- 3.2.4 Unterschied Individualvertrag und Mustervertrag

3.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen

- 3.3.1 Definition allgemeiner Geschäftsbedingungen
- 3.3.2 Vorteile für das Unternehmen
- 3.3.3 AGB-Gesetz als Schutz für den Vertragspartner des Verwenders
- 3.3.4 Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes
- 3.3.5 Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag
- 3.3.6 Auslegung
- 3.3.7 Rechtsfolgen unwirksamer AGB
- 3.3.8 Kontrolle der AGB anhand des AGB-Gesetzes
- 3.3.9 AGB-Problematik und E-Commerce
- 3.3.10 Beispiele für Vertragsmuster im IT- und E-Commerce Bereich

3.4 Ansprüche aus Leistungsstörungen

- 3.4.1 Unmöglichkeit
- 3.4.2 Verzug
- 3.4.3 Gewährleistung
- 3.4.4 Positive Vertragsverletzung
- 3.4.5 Culpa in Contrahendo
- 3.4.6 Wegfall der Geschäftsgrundlage

3.5 Ansprüche aus Deliktsrecht und Gefährdungshaftung

- 3.5.1 Deliktische Ansprüche nach § 823 ff BGB.
 - 3.5.1.1 Unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 1
 - 3.5.1.2 Haftung für Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB
 - 3.5.1.3 Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB wegen Verstoßes gegen Schutzgesetz
 - 3.5.1.4 Haftung wegen sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB
- 3.5.2 Gefährdungshaftung nach Produkthaftungsgesetz
 - 3.5.2.1 Gefährdungshaftung allgemein
 - 3.5.2.2 Gefährdungshaftungstatbestände

- 3.5.2.3 *Produkt*
- 3.5.2.4 *Fehler*
- 3.5.2.5 *Verletzung eines Rechtsguts*
- 3.5.2.6 *Sonstige Voraussetzung*
- 3.5.2.7 *Schadensersatzfolgen*

3.6 Tendenzen und Vorhaben im Rahmen der Gesetzgebung (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)

3. Schuldrecht

3.1 Vertragsarten allgemein und Verträge im IT-Bereich, insbesondere im Bereich des E-Commerce

Literaturhinweis: Danne/Keil, Wirtschaftsprivatrecht I, S. 133-176

Die verschiedenen im BGB geregelten Vertragsarten lassen sich einteilen in

→ Veräußerungsverträge

Dazu zählen der Kaufvertrag (§ 433 ff. BGB), der in der Praxis am häufigsten abgeschlossen wird, der Tausch- (§§ 515 ff. BGB) und der Schenkungsvertrag (§§ 516 ff. BGB).

→ Gebrauchsüberlassungsverträge

Darunter fallen Miet- (§§ 535 ff. BGB) und Leasingverträge (§§ 535 ff. BGB in analoger Anwendung), Pachtvertrag (§§ 581 ff. BGB), Leihe (§§ 598 ff. BGB) und Darlehensvertrag (§§ 607 ff. BGB).

Beim Darlehen (§§ 607 ff. BGB) ist jedoch nicht nur der Gebrauch des Hingegebenen gewährt. Vielmehr erwirbt der Darlehensnehmer Eigentum. Er ist lediglich verpflichtet, *gleichartige* Sachen zurück zu gewähren.

→ Tätigkeitsverträge

Hierzu gehören der Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB), der Werk- (§§ 631 ff. BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB) sowie der Pauschalreisevertrag (§§ 651a ff. BGB). Darüber hinaus auch der Auftrag (§§ 662 ff. BGB), der Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675 ff. BGB), Verwahrungs- (§§ 688 ff. BGB) und Maklervertrag (§§ 652 ff. BGB).

→ Verträge über den Vertrieb durch selbstständige kaufmännische Hilfspersonen

Solche Verträge sind der Handelsvertretervertrag (§§ 84 ff. HGB), der Handelsmaklervertrag (§§ 93 ff. HGB), der Kommissionsvertrag (§§ 383 ff. HGB), der Kommissionsagentenvertrag, Vertragshändler- und Franchisevertrag.

→ Kaufmännische Transport- und Lagerverträge

Das sind der Frachtvertrag (§§ 407 ff. HGB), der Speditionsvertrag (§§ 453 ff. HGB) und der Lagervertrag (§§ 467 ff. HGB).

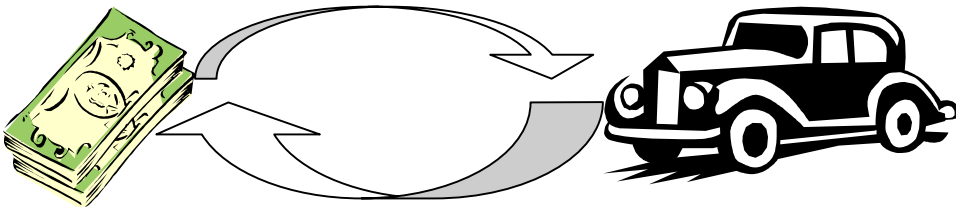
→ Verträge „sui generis“

Nicht oder nur zum Teil im BGB geregelt sind die Verträge „sui generis“ (eigener Art) und Typenkombinationsverträge. Beide sind gemäß der im BGB geltenden „Vertragsfreiheit“ (§ 305 BGB) zulässig.

Im Folgenden werden die in der Wirtschaftspraxis bedeutsamsten Vertragsarten kurz dargestellt.

3.1.1 Kaufvertrag

Der Kaufvertrag (§§ 433 – 514 BGB) spielt als Umsatzgeschäft in der Praxis die größte Rolle. Inhalt und **Schwerpunkt des Kaufvertrages** ist die Verpflichtung der einen Seite zur **Übereignung von Sachen oder Rechten** gegen Zahlung des Kaufpreises durch die andere Seite (auch beim Erwerb von Standardsoftware nimmt die herrschende Meinung das Vorliegen eines Kaufvertrages an). Er stellt ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft dar und ist von den Geschäften, die die Verpflichtungen erfüllen (Übereignung von Sachen bzw. Abtretung von Rechten) zu unterscheiden.



Der Kaufvertrag kommt zustande durch **Angebot und Annahme** und ist **in der Regel formfrei**, also auch mündlich, abschließbar. **Ausnahmen** bestehen beispielsweise jedoch bei Grundstückskaufverträgen (§ 313 BGB) und beim Kauf von Geschäftsanteilen einer GmbH (§ 15 GmbHG): hier ist die notarielle Beurkundung erforderlich.

Der schriftliche Abschluss von Kaufverträgen ist beispielsweise erforderlich bei Teilzahlungsgeschäften oder Haustürgeschäften (§4 Verbraucherkreditgesetz, §§ 1,2 Haustürwiderrufsgesetz). Grundsätzlich empfiehlt sich jedoch ein schriftlicher Abschluss, um bei späteren Streitigkeiten die Beweisführung zu erleichtern.

3.1.2 Werkvertrag/Werklieferungsvertrag

Werkvertrag

Beim Werkvertrag (§§ 631 ff BGB) schuldet der Unternehmer die Herstellung eines Werkes, also die **Herbeiführung eines Erfolges**. Der Besteller verpflichtet sich im Gegenzug zur Entrichtung des Werklohns.

Beispiele für Werkverträge sind Bauverträge, Architekten- und Ingenieurleistungsverträge, Verträge über die Herstellung von Individualsoftware, Reparaturarbeiten, Durchführung von Werbemaßnahmen (kann auch Dienstvertrag sein!), Gutachtenserstellung, Beförderung von Personen und Gütern, Installation technischer Anlagen, etc.

Der Unternehmer muss aufgrund des Werkvertrages das Werk rechtzeitig und ohne Mängel mit den versprochenen Eigenschaften herstellen. Der Besteller muss das Werk abnehmen, also billigend entgegennehmen.

Zu den **Nebenpflichten** beim Werkvertrag gehören unter Umständen wie auch beim Kaufvertrag Aufklärungs- und Überwachungspflichten, die Pflicht zur Lieferung von Gebrauchsanweisungen sowie Schutzpflichten gegenüber dem Vertragspartner.

Werklieferungsvertrag

Wenn ein **Werk mit und aus dem vom Unternehmer gelieferten Material** hergestellt werden soll, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag (im Gegensatz zum Werkvertrag, bei dem das Material vom Auftraggeber geliefert wird). Beim Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB) ist zu **differenzieren**: Werden **vertretbare Sachen**, also beispielsweise Serienwaren, hergestellt, so ist gemäß § 651 BGB **Kaufrecht** anzuwenden. Bei der Herstellung **nicht vertretbarer Sachen** (beispielsweise wenn die Schneiderin mit eigenem Material ein Kleid fertigt oder mit eigenen Produktionsmitteln ein Werbefilm erstellt wird) kommt zusätzlich **Werkvertragsrecht** zur Anwendung, insbesondere hinsichtlich der Gewährleistung, Kündigung und Verjährung.

3.1.3 Darlehensvertrag

Beim Darlehensvertrag (§ 607 ff BGB) wird der **Darlehensgeber** zur **Überlassung von Kapital** (beispielsweise Geld) **für eine bestimmte Zeit** verpflichtet. Der **Darlehensnehmer** muss im Gegenzug nach Ablauf der Nutzungsdauer **gleichartiges Kapital** sowie, falls das Darlehen entgeltlich ist, zusätzlich Zinsen **zurückerstatten**.



Ist der Zinssatz zu hoch, so kann der Darlehensvertrag wegen **Sittenwidrigkeit** (§ 138 BGB) nichtig sein. Die Grenze liegt nach derzeitiger Rechtsprechung bei absolut 12 Prozentpunkten oder relativ 100% über dem marktüblichen Zins.

Falls das Darlehen nicht befristet ist, kann es ordentlich oder auch außerordentlich bei Vorliegen wichtiger Gründe **gekündigt** werden.

3.1.4 Miete/Pachtvertrag

Mietvertrag

Bei der Miete (§§ 535 ff BGB) werden **Sachen entgeltlich für gewisse Zeit überlassen**.

Wenn in einer Stadtbücherei für das „entleihen“ von Büchern eine „Leihgebühr“ verlangt wird, handelt es sich nicht um eine Leihe, sondern um eine Miete, da in **Abgrenzung** zur Miete die **Leihe unentgeltlich** erfolgt.

Bei der Vermietung von **Wohnraum** sind die entsprechenden Vorschriften sowohl im Bürgerlichen Gesetzbuch als auch in **zahlreichen Sondergesetzen** wie beispielsweise Miethöhengesetz, der Zweiten Berechnungsverordnung und der Heizkostenverordnung geregelt.



Zu unterscheiden von der Miete ist, wie bereits erwähnt, die unentgeltliche **Leihe** (§§ 598 ff BGB), der **Pachtvertrag**, bei dem der Pächter auch noch

zur Ziehung von Nutzungen berechtigt ist (§§ 581 ff BGB), der **Verwahrungsvertrag**, bei dem zur Raumüberlassung zusätzlich noch Obhutspflichten vereinbart werden, sowie **Typenkombinationsverträge** wie der **Leasingvertrag**, **Bewirtungs-** oder **Hotel-**, sowie **Automatenaufstellungsvertrag**

Pachtvertrag

Beim Pachtvertrag gewährt der Verpächter dem Pächter den **Gebrauch des gepachteten Gegenstands und die Erträge der Früchte**. Dafür muss der Pächter an den Verpächter den **Pachtzins** bezahlen (§ 581 BGB). Während die Miete nur hinsichtlich Sachen möglich ist, können sowohl Sachen als auch Rechte verpachtet werden.

Beispiele für Pachtverträge sind die Verpachtung von Gaststätten, eingerichteten Handelsgeschäften oder Kinos sowie von Unternehmen.

Auf die Pacht findet das Mietrecht entsprechende Anwendung (§ 581 BGB).

3.1.5 Dienstleistungs-/Arbeitsvertrag

Beim Dienstvertrag (§ 611 ff BGB) wird der **Dienstverpflichtete** zur **Erbringung von Diensten** und der **Dienstherr** zur **Bezahlung eines Entgelts** verpflichtet. Während beim Dienstvertrag lediglich die Leistung von Diensten, nicht jedoch ein darüber hinausgehender Erfolg geschuldet wird, besteht beim Werkvertrag, wie bereits erwähnt, die Verpflichtung des Unternehmers zur Herbeiführung eines Erfolges.

So kann der durch einen Dienstvertrag verpflichtete **Arzt** nicht den Heilerfolg schulden, während der durch einen Werkvertrag verpflichtete Sachverständige ein zutreffendes, sachverständiges Ergebnis schuldet. Durch Dienstverträge werden einerseits selbstständige und unabhängige Tätigkeiten geschuldet, beispielsweise bei **Verträgen mit Freiberuflern** (Anwälten, Steuerberatern, Architekten und Ärzten), sowie mit **Vorstandsmitgliedern einer AG oder Geschäftsführern einer GmbH**. Auch die weisungsgebundene und unselbstständige Tätigkeit des sozial abhängigen **Arbeitnehmers** erfolgt aufgrund eines Dienstvertrages in der Sonderform des **Arbeitsvertrages**.

Vergleiche hierzu Folge 9: Grundzüge des Arbeitsrechts.

In der Praxis relevant aufgrund zahlreicher Folgen im Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht ist die Frage, ob der **Dienstverpflichtete tatsächlich selbstständig oder nicht selbstständig** ist: sehr häufig werden rein tatsächlich nicht selbstständige Dienstverpflichtete formell oder den jeweiligen Institutionen (beispielsweise Finanzamt, Sozialversicherungsträger) gegenüber als selbstständig Tätige (beispielsweise „freie Mitarbeiter“) deklariert, um Vorteile zu erlangen. Diese sogenannten **„Scheinselbstständigen“** sind rechtlich jedoch als abhängig Beschäftigte zu behandeln. Besonders schwer in diesem Zusammenhang einzuordnen sind **„Franchiseunternehmer“**. Eine pauschale Einordnung in selbstständig oder scheinselbstständig ist hier nicht möglich. Vielmehr ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Es kommt insbesondere darauf an, ob die Tätigkeit weisungsgebunden ausgeübt wird oder ob der Franchiseunternehmer selbstständig und im Wesent-

lichen weisungsfrei seine Chancen auf dem Markt wahrnimmt. Er ist zumindest dann als scheinselbstständig einzuordnen, wenn ihm nur ein räumlich abgegrenztes Verkaufsgebiet zugewiesen wird, in dem er mit vom Franchisesegeber gemieteten Gütern von diesem bezogene Produkte vertreibt.



3.1.6 Sonstige Verträge (Reisevertrag/Verträge „sui generis“/ Typenkombinationsverträge insbesondere Geschäftsbesorgungsvertrag)

Verträge sui generis sind Verträge, die sich nicht unter die vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgegebenen Typen direkt einordnen lassen. **Inhalt** dieser Verträge und Rechtsfolgen ergeben sich meist aus den zwischen den Parteien **vertraglich vereinbarten Regelungen**.

Typenkombinationsverträge sind Verträge, die **mehrere** der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten **Vertragstypen kombinieren**. Bei ihnen ist für die Frage der Anwendbarkeit der jeweiligen Rechtsfolgen in der Regel danach zu fragen, bei welcher Vertragsart der **Schwerpunkt** des zu beurteilenden Problems liegt.

Der **Geschäftsbesorgungsvertrag** (§§ 675 ff BGB) kann werk- oder dienstvertragliche Elemente enthalten. Über den Geschäftsbesorgungsvertrag verpflichtet sich der Geschäftsbesorger zur entgeltlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Rechtskreis des Vertragspartners, so **beispielsweise** der **Steuer- und Kapitalanlageberater**. Ebenso sind **Bankgeschäfte** meist Geschäftsbesorgungsverträge. Auch die **Reisevermittlung** durch Reisebüro, **Baubetreuungs-** und **Bauträgertätigkeiten** sowie Immobilienverwaltung, aber auch **Kommissions-, Speditions- und Frachtgeschäfte** sowie Handelsvertreterverträge fallen unter die Regelungen der Geschäftsbesorgung.

3.1.7 Einordnung von Online-Verträgen



Die Einordnung von Online-Verträgen unter die Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) **bereitet häufig Schwierigkeiten**. Maßgeblich für die Zuordnung sind die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Vertrag ergeben. Wegen der vielen verschiedenen Möglichkeiten der Leistungen im Internet kann hier nur ein grober Überblick gegeben werden. In der Praxis muss im **Einzelfall unter Betrachtung der gesamten Umstände** des Vertrages und der **technischen Zusammenhänge** eine Analyse vorgenommen werden:

3.1.7.1 Kaufvertrag, §§ 433 ff. BGB

Unproblematisch ist die Zuordnung als Kaufvertrag, wenn lediglich der **Vertragsschluss im Internet** stattgefunden hat, die **Abwicklung aber herkömmlich** erfolgt, wie bei der **Online-Bestellung** von Büchern, Tonträgern, Kleidung etc. Auch das Herunterladen von **Standardsoftware** gegen Entgelt wird überwiegend als Kauf qualifiziert, wenn es sich um eine zeitlich unbegrenzte Nutzungsüberlassung gegen eine einmalige Vergütung handelt. Die

automatische Übergabe der Datei steht dem nicht entgegen, da nach herrschender Auffassung durch die Übertragung eine neue Sache entsteht, über die Herrschaft in gleicher Weise ausgeübt werden kann, wie bei der Zusage einer Diskette oder CD-Rom.

3.1.7.2 Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB und Werkvertrag §§ 631 ff. BGB

Kennzeichnend für den Dienstvertrag ist, dass ein bloßes Tätigwerden geschuldet wird, während der durch Werkvertrag Verpflichtete einen bestimmten Erfolg leisten muss.

Das **Anbieten eines Internetzugangs** wird daher teilweise als Dienstvertrag angesehen, da der Access Provider verpflichtet ist, eine Verbindung zum Internet herzustellen und aufrechtzuerhalten, aber keine Kontrolle über das Netz hat. **Nach anderer Auffassung** ist für den Nutzer entscheidend, dass der Zugang gelingt, daher soll es sich um einen Werkvertrag handeln. Die **Übermittlung von E-mails** ist als **Werkvertrag** einzuordnen, da hier die Übermittlung als Erfolg geschuldet ist. Die Erreichbarkeit des Empfängers allerdings kann nicht darunter fallen, da diese außerhalb der Möglichkeiten des Verpflichteten steht.

Der **entgeltliche Zugang zu Datenbanken, Videos** etc. ist als **Werkvertrag** einzustufen, da als Erfolg der tatsächliche Zugang geschuldet wird.

Auch das **Herunterladen einer bestimmten Datei** oder die gezielte z. B. **stichwortgesteuerte entgeltliche Suche nach Informationen** sind als **Werkverträge** anzusehen.

3.1.7.3 Mietvertrag, §§ 535 ff. BGB

Um einen Mietvertrag kann es sich handeln, wenn **Speicherplatz gegen Entgelt** zur Verfügung gestellt wird, **z.B. für Homepages oder beim sog. Uploading**, wenn Daten vom Nutzerrechner auf den Server-Rechner des Anbieters „heraufgeladen“ werden und eine zeitweilige im Umfang bestimmte Sachherrschaft über Rechnerteile gewährt wird.

Die **Erstellung einer kompletten Homepage** wäre dagegen wiederum als **Werkvertrag** anzusehen, da der **Erfolg** der Erstellung im Vordergrund steht, die **laufende Beratung** bezüglich der Aktualisierung als **Dienstvertrag**.

3.1.7.4 Leihe (§§ 598 ff. BGB), Schenkung (§§ 516 ff.), Gefälligkeitsverhältnis

Bei **unentgeltlicher Überlassung von Information** kann es sich um einen **Leihvertrag** handeln, wenn die zeitliche Nutzung begrenzt ist, ansonsten um eine **Schenkungs- oder ein Gefälligkeitsverhältnis**. Liegt ein Schenkungs- oder ein Leihvertrag vor, so haftet der Anbieter aus Vertrag (§ 521 und § 599 BGB bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit), wenn durch das Herunterladen ein Schaden beim User entsteht, ansonsten nur aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB).

3.1.7.5 Typenkombinationsverträge und Verträge „sui generis“

Häufig wird eine Zuordnung zu einem im BGB geregelten Vertragstypus nicht möglich sein, sondern entweder eine **Mischform** oder ein **Vertrag eigener Art** bestehen. Dies ist wegen der Vertragsautonomie im deutschen Privat-

recht unproblematisch möglich. Bei **gemischttypischen Verträgen**, wie denen mit **geschlossenen Online-Diensten wie T-Online oder AOL**, die **Internet-Zugang, E-mail, Inhalte und weitere Dienste** anbieten, müssen dann für jede einzelne Leistung die passenden Vorschriften des BGB angewendet werden.

Auch die **Überlassung von Werbeflächen (Banners) auf Webseiten** soll ein **gemischter Vertrag aus Miete** (entgeltliche Überlassung der Fläche) und **Werkvertrag** (Erstellung und Repräsentation der Werbeinhalte) sein.

Bei **Verträgen sui generis** müssen **Rechte und Pflichten allein aus dem Vertrag selbst** entnommen werden. Es empfiehlt sich daher unter Umständen, möglichst genaue Regelungen zu vereinbaren.

3.2 Hinweise und Tips zur Vertragsgestaltung im Wirtschaftsrecht

Literaturhinweis: Langenfeld, Vertragsgestaltung, Methode-Verfahren-Vertragstypen, München 1997, 2. Auflage.

3.2.1 Willens- und Zielermittlung

Der Vertragsgestalter muss die Willens- und Zielrichtung seines Auftraggebers genau ermitteln, um diese in der Vertragsgestaltung umsetzen zu können. Nur wenn deutlich geworden ist, **welche Ziele der Mandant** mit dem jeweiligen Vertrag **erreichen** will, kann der Gestalter des Vertrages mit den zugehörigen Instrumenten diese Zielerreichung gewährleisten.

Will **beispielsweise** ein Unternehmer sicher gehen, dass die von seinem Zulieferer erworbenen **Produkte pünktlich und fehlerfrei geliefert** werden, so sollten in dem Vertrag zwischen Unternehmer und Zulieferer **Qualitätssicherungsklauseln** mit umfangreichen Eigenschaftszusicherungen, der Verpflichtung zu einer **Warenendkontrolle** beim Zulieferer sowie **festen Lieferfristen** vereinbart werden. Darüber hinaus **Haftungsverteilungsregelungen** für den Fall, dass aufgrund eines fehlerhaften Zulieferprodukts der Unternehmer von seinem Kunden oder Dritten aufgrund der Fehlerhaftigkeit des Endproduktes als Hersteller in Anspruch genommen wird. Darüber hinaus könnten **Vertragsstrafen oder Haftungsübernahmen** für den Fall der verzögerten Anlieferung durch den Zulieferer aufgenommen werden.



3.2.2 Vertragstypen

Für die vielfältigen zu regelnden Sachverhalte stehen **unterschiedlichste Vertragstypen** zu Verfügung.

In Betracht kommen **beispielsweise Kaufverträge** über bewegliche Sachen oder Immobilien, über Unternehmen, Beteiligungen oder freiberufliche Praxen,

Zuwendungsverträge wie Schenkungen oder vorweggenommene Erbfolge, **Herstellungsverträge** wie Reparatur- und Reinigungsverträge, Bauverträge, Anlagenverträge, Architekten- und Ingenieurverträge, auch Gutachterverträge oder Beförderungsverträge.

Unter **Gebrauchsüberlassungsverträge** fallen Miet- und Pachtverträge sowie Leasingverträge, Lizenz- und Know-how-Verträge sowie EDV-Nutzungsverträge.

Zu den **Dienstverträgen** gehören die Verträge mit Freiberuflern wie beispielsweise Anwälten und Ärzten, aber auch Dienstverträge mit freien Mitarbeitern und Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern, ebenso Werbeverträge. **Vertriebsverträge** sind Verträge mit Handelsvertretern, Vertragshändlern, Kommissionären, Franchisenehmern, aber auch Kartellverträge. **Kredit- und Kreditsicherungsverträge** spielen für nahezu jedes Unternehmen eine gewichtige Rolle, ebenso wie **Gesellschafts- und Unternehmensverträge**.

3.2.3 *Instrumente der Vertragsgestaltung*

Verträge gleicher Gruppenzugehörigkeit weisen sehr oft einen ähnlichen **Aufbau und Regelungsbereich** auf: zu Beginn werden in einer Präambel oder Vorbemerkung die **Zielrichtungen des Vertrages** und gegebenenfalls die bisherigen Beziehungen der Parteien zu einander dargestellt.

Danach werden die **beizufügenden Anlagen und Beilagen** aufgelistet. Sofern kein höchstpersönliches Handeln vorliegt, müssen Angaben darüber gemacht werden, **wer als Vertreter welcher Partei** auftritt.

Wichtig sind immer auch Regelungen über die Frage des Zugangs von erforderlichen Willenserklärungen, **Form- und Beweislastvereinbarungen**. **Gerichtsstandsvereinbarungen** sowie bei internationalem Bezug die sehr wichtige **Frage des anwendbaren Rechts**.

Sofern Vorleistungen erfolgen, müssen **Sicherungsmechanismen** eingebaut werden, beispielsweise Eigentumsvorbehaltsklauseln, Sicherungsabtretungen etc. Als Motivation zur fristgerechten Leistungserbringung dient oft eine **Vertragsstrafenregelung**.

In nahezu den meisten Vertragsarten finden sich **Gewährleistungsklauseln, Garantien und Haftungsbeschränkungs- oder Ausschlussklauseln**.

Bei Dauerschuldverhältnissen sind **Anpassungsmechanismen** wie beispielsweise Wertsicherungsklauseln sinnvoll.

Jeder einzelne Vertragstyp weist unterschiedliche Bestandteile auf, die in den Parteivereinbarungen nicht fehlen sollten!

3.2.4 *Unterschied: Individualvertrag und Mustervertrag*

Während beim **Individualvertrag** die einzelnen **Bedingungen** zwischen den Parteien **ausgehandelt und für diesen Einzelfall** vereinbart werden, kommen in der Unternehmenspraxis sehr häufig aufgrund der Vielzahl gleichartiger Geschäftsvorfälle **vorformulierte Verträge oder Vertragsklauseln** zur Anwendung. Auf die vorformulierten Vertragsklauseln findet das **AGB-Gesetz** Anwendung, auf Individualvereinbarungen nicht.

In den letzten Jahren wurden immer mehr **Formularbücher** und Dokumentationen über **Musterverträge** veröffentlicht und entwickelt (vgl. beispielsweise das Münchner Vertragshandbuch, das mehrere Bände umfasst und derzeit in der 5. Auflage erscheint). Die in diesen Büchern enthaltenen **Musterverträge oder Checklisten** sind bei der Vertragsgestaltung **sehr hilfreich**.

Sie dürfen jedoch keinesfalls unkritisch übernommen werden, sondern nur als Grundlage für die Ausgestaltung des jeweiligen Vertrages dienen! Zum einen erfordern die individuellen Bedürfnisse des jeweiligen Unternehmers zum Teil andere oder angepasste Regelungen, zum anderen ist eine laufende Überprüfung der Formulare anhand der aktuellen Rechtsprechung, die sich ständig im Fluss befindet, erforderlich, um nicht unwirksame und damit nutzlose Vertragsklauseln zu verwenden.

3.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Literaturhinweis: Danne/Keil: Wirtschaftsprivatrecht I, 2000, Seite 64 ff.

3.3.1 Definition allgemeiner Geschäftsbedingungen

Gemäß § 1 AGBG (lesen!) sind allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine **Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen**, die eine Vertragspartei (**der Verwender**) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.



Gemäß § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz liegen dagegen allgemeine Geschäftsbedingungen **nicht** vor, **soweit** die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien **im Einzelnen ausgehandelt** sind.

Eine **Ergänzung** dieser Definition ergibt sich gemäß § 24a AGBG für **Verbraucherverträge**, also bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher: bei diesen Verträgen gelten die allgemeinen Geschäftsbedingungen als grundsätzlich vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Das heißt, dass auch vorformulierte Klauseln, die ein Dritter, beispielsweise ein unabhängiger Notar oder ein Makler den Vertragsparteien vorschlägt, als vom Unternehmer gestellt gelten. Auch diese vorformulierten Klauseln unterliegen daher der Kontrolle des AGB-Gesetzes. Darüber hinaus sind ein Großteil der Vorschriften des AGBG auch auf vorformulierte Vertragsbedingungen anzuwenden, wenn diese nur zur *einmaligen* Verwendung bestimmt sind, falls der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt kein Einfluss nehmen konnte. **Umgangssprachlich** wird unter allgemeinen Geschäftsbedingungen **oft das Kleingedruckte** verstanden, das sich **auf der Rückseite von Verträgen**, aber auch auf Rechnungen und Lieferscheinen (zur diesbezüglichen Unwirksamkeit vgl. unten), findet. Aber **auch Musterverträge** oder im Schreibwarenladen erhältliche **Formularverträge** stellen allgemeine Geschäftsbedingungen dar.

3.3.2 Vorteile für das Unternehmen

Im **Wirtschaftsleben** spielen allgemeine Geschäftsbedingungen eine große Rolle. Der Unternehmer, der **viele gleichartige Geschäfte** abschließt, muss nicht in jedem Fall einen neuen Vertrag aushandeln, sondern kann ein für ihn günstiges, diese wiederkehrenden Fälle behandelndes Vertragsmuster entwerfen lassen.

Diese **vereinheitlichten Massenverträge** ermöglichen eine schnelle Anpassung an sich ständig ändernde rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen und helfen diesbezüglich auch Geschäftsrisiken zu kalkulieren.

Sie sollen sicherstellen, dass **wichtige Regelungsbereiche nicht** bei einzelnen Verträgen **vergessen** werden. Da sie einseitig vom Verwender dem anderen Partner gestellt werden, begünstigen sie meistens den Verwender. Die Möglichkeit, dem anderen Partner seine eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzuerlegen, hängt von der **wirtschaftlichen Marktstärke** ab.

So kann **beispielsweise** ein **Automobilhersteller**, der über große wirtschaftliche Macht verfügt, seinen **Zulieferern**, die jeweils ein ähnliches Produkt anbieten, seine Konditionen, also auch seine Geschäftsbedingungen beispielsweise im Rahmen von **Einkaufs- und Qualitätssicherungsvereinbarungen**, auferlegen.



3.3.3 AGB-Gesetz als Schutz für den Vertragspartner des Verwenders

Dem Vertragspartner, dem die AGB gestellt werden, fehlt zumeist die wirtschaftliche Stärke, die Vertragskonditionen im Einzelnen auszuhandeln und durchzusetzen.

Darüber hinaus fehlt sehr häufig auch das juristische Verständnis, um die Rechtsfolgen der abstrakt formulierten und oft nur sehr schwer verständlichen Klauseln beurteilen zu können. Um diesbezüglich den **schwächeren Vertragspartner** zu schützen, stellt das seit 1977 geltende Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (**AGBG**) zahlreiche **Wirksamkeitsvoraussetzungen für diese Klauseln** auf, beispielsweise Regelungen über die wirksame Einbeziehung der AGB und deren inhaltlichen Kontrolle.

3.3.4 Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes

Das AGB-Gesetz findet **keine Anwendung bei den Verträgen** auf dem Gebiet des **Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht** (§ 23 Abs. 1 AGB-Gesetz). Auch für besonders aufgezählte Einrichtungen (§ 23 Abs. 2 AGB-Gesetz), beispielsweise für die Deutsche Post AG, oder Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, finden einzelne Vorschriften des Gesetzes keine Anwendung.

Eine **Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs** findet sich in § 24 AGB-Gesetz, wonach bestimmte Vorschriften keine Anwendung finden, beispielsweise wenn die AGB gegenüber einem Unternehmer verwendet werden.

3.3.5 Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag

Übersicht: Prüfungsfolge der AGB

I. Anwendbarkeit

→ §§ 23, 24, 30 AGBG

II. Prüfung der §§ 1-5 AGBG

→ § 1 AGBG: Liegt AGB im Sinne des AGBG vor?

- Vielzahl
- Gestellt: vom Verwender einseitig auferlegt
- Kein Aushandeln iSd. § 1 II AGBG

→ § 2 AGBG: Einbeziehung (Hinweis+Kenntnismöglichkeit+Einverständnis)

→ § 3 AGBG: Überraschklausel (nur bei „Überrumpelungseffekt“)

→ § 4 AGBG: Kollision mit Individualabrede

→ § 5 AGBG: Zweifelsregelung

III. Inhaltskontrolle gem. §§ 11, 10, 9 (in besagter Reihenfolge!)

IV. Rechtsfolge: § 6 AGBG

Die AGB müssen gemäß § 2 AGB-Gesetz **bei Vertragsabschluss** Bestandteil des Vertrages werden.

Dafür ist ein **ausdrücklicher Hinweis** auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen erforderlich, wobei dieser Hinweis schriftlich oder mündlich erfolgen kann. **Im Ausnahmefall** genügt auch ein **deutlich sichtbarer Aushang** mit diesem Hinweis am Ort des Vertragsabschlusses, **beispielsweise** bei Parkplatzbenutzung, Straßenbahn, Waschanlagen, Kaufhäusern oder sonstigen Massengeschäften. Wird ein Vertrag mündlich oder telefonisch abgeschlossen, muss ebenfalls ein solcher Hinweis erfolgen. In der Praxis ist dies jedoch dann oft meist schwer zu beweisen.

Falls der Hinweis **erst nach Vertragsabschluss** (beispielsweise auf Rechnungen oder Lieferscheinen, wie in der Praxis häufig zu finden) enthalten ist, werden die AGB **nicht Bestandteil** des Vertrages.

Darüber hinaus muss der Vertragspartner die **Möglichkeit haben**, in zumutbarer Weise **vom Inhalt der AGB Kenntnis** zu nehmen. Deshalb sind bei **Vertragsschluss unter Anwesenden** die AGB vorzulegen oder zumindest die **Vorlage anzubieten**, oder, falls ein ausdrücklicher Hinweis erfolgt, die AGB zur Einsicht auszuhängen oder auszulegen.

Bei **Vertragsschluss unter Abwesenden** müssten die AGB grundsätzlich **mit dem Angebot übersandt** werden. Die AGB können jedoch **auch im Katalog oder Prospekt** abgedruckt sein, **falls** ein entsprechender Hinweis im Angebot erfolgt.

Eine **zumutbare Kenntnisnahme** ist nur gegeben, wenn ein **Durchschnittskunde** die AGB **müheles lesen** kann, wenn sie **übersichtlich** und verständlich sind.

Hinsichtlich der **Einbeziehung gegenüber Unternehmern genügt ein bloßer Hinweis des Verwenders** auf seine AGB, falls der Vertragspartner der Einbeziehung nicht widerspricht. Der Hinweis muss aber auch bei Vertragsschluss oder vorher erfolgen, also nicht erst nachträglich auf der Rechnung oder dem Lieferschein.

Darüber hinaus müssen die AGB auf Wunsch übersandt werden.

Verweisen beide Vertragspartner auf ihre AGB, so gelten diesbezüglich nur die übereinstimmenden Formulierungen, im übrigen gelten die gesetzlichen Regelungen.

3.3.6 *Auslegung*

Individuell getroffene Vereinbarung haben gemäß § 4 AGB-Gesetz **Vorrang** vor den vorformulierten Vertragsklauseln. So genannte **Schriftformklauseln**, die für Nebenabreden oder Vertragsergänzungen außerhalb der vorformulierten Klauseln eine schriftliche Form verlangen, sind wegen § 4 AGB-Gesetz unwirksam. Gemäß § 5 AGB-Gesetz gehen **zweifelhafte Formulierungen** von allgemeinen Geschäftsbedingungen **zu Lasten des Verwenders**, können insbesondere zur Unwirksamkeit der ganzen Klausel führen.

Rechtsfolgen unwirksamer AGB

An die Stelle unwirksamer allgemeiner Geschäftsbedingungen tritt gemäß § 6 AGB-Gesetz die gesetzliche Regelung, beispielsweise aus dem BGB. Oft entfällt die Klausel auch ersatzlos, beispielsweise eine unwirksame Stornopauschale des Reiseveranstalters.

3.3.7 *Kontrolle der AGB anhand des AGB-Gesetzes*



In §§ 10 und 11 AGB-Gesetz sind katalogartig **verbotene Klauseln** aufgeführt. Ergänzt wird dieser Katalog durch die **Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz**.

So ist es **beispielsweise** gemäß § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz unzulässig, die Haftung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auszuschließen.

Gemäß § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz ist bei Lieferungen und Werkverträgen über neu hergestellte Sachen der **vollständige Gewährleistungsausschluss** in allgemeinen Geschäftsbedingungen **unzulässig**, ebenso der Ersatz von Gewährleistungsansprüchen durch ein Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsrecht, sofern dem Vertragspartner nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlägen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Herabsetzung der Vergütung oder nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrages verlangen zu können.

3.3.8 AGB-Problematik und E-Commerce

Allgemeine Geschäftsbedingungen, also vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Partei der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt, kommen gemäß § 2 AGBG gegenüber Personen, die nicht Unternehmer sind, nur dann zur Geltung, wenn sie in den Vertrag einbezogen werden, indem der Verwender ausdrücklich auf sie hinweist und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und wenn der Vertragspartner mit ihrer Geltung einverstanden ist.



Im Internet ist ein ausdrücklicher **Hinweis auf der Webseite** unproblematisch möglich. Für **die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme** genügt es, wenn ein **Link** angeboten wird, der zu einer **Darstellung der AGB führt**. Beides darf **jedoch nicht an versteckter Stelle** der Webseite erfolgen, sondern muss so angeordnet und gestaltet sein, dass dieser von einem Durchschnittskunden auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen werden kann.

Eine Erwähnung im Hauptmenü einer Homepage soll nicht genügen, dagegen sicherlich **der ausdrückliche Hinweis unmittelbar vor dem Bestell-Icon**. Insbesondere muss auch ein naher Zusammenhang zwischen der Seite, die zum Vertragsschluss führt, also beispielsweise des Bestellformulars, und der AGB-Seite bestehen. Ferner **müssen die AGB** für einen Durchschnittskunden mühelos lesbar sein und einen im Verhältnis zur Bedeutung des Geschäfts **vertretbaren Umfang** haben. Für das Medium des Bildschirmtextes wurde in der Rechtsprechung vertreten, dass eine zumutbare Kenntnisnahmemöglichkeit nur dann besteht, wenn es sich um relativ kurze Texte handelt, die klar gegliedert sind und sich mühelos abrufen lassen. 7 Seiten mit 15 Ziffern wurden im konkreten Fall noch für zumutbar gehalten.

Auch müssen sie **in einer für den Kunden verständlichen Sprache** abgefasst sein. Dabei können wegen der großen Verbreitung des Englischen, insbesondere im Internet, wohl auch AGB in englischer Sprache einbezogen werden. Dies gilt zumindest dann, wenn der Vertragspartner auch den Vertragsschluss auf Englisch getätigt hat und die AGB kurz und in leicht verständlicher Sprache abgefasst sind.

Gegenüber Unternehmern (gewerblich oder selbstständig beruflich Tätige) gelten die strengen Maßstäbe des § 2 AGBG gemäß § 24 AGBG nicht, da sie aufgrund ihrer Erfahrungheit im kaufmännischen Verkehr weniger schutzwürdig sind als Verbraucher. Auch im kaufmännischen Verkehr muss aber ein Hinweis auf die AGB erfolgen und die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestehen.

3.3.9 Beispiele für Vertragsmuster im IT- und E-Commerce Bereich

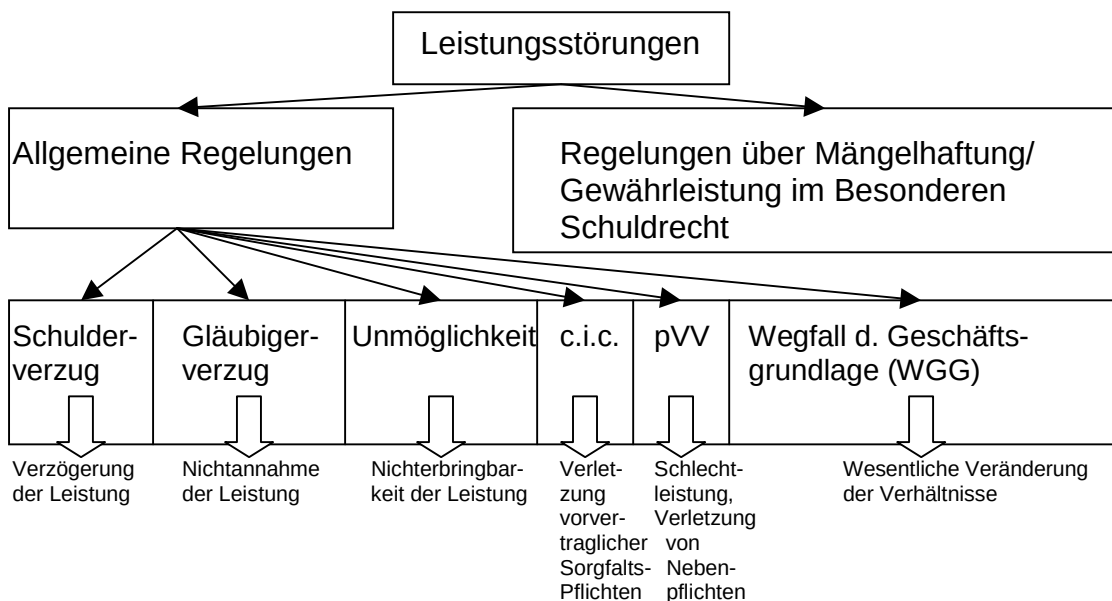
In Formularbüchern finden sich Vertragsmuster **aus dem Bereich des Computerrechts**, beispielsweise über Hardwarekauf oder -miete, Hardwarewartungsverträge, Programmerstellungsverträge, Lizenzverträge für Programmverträge aber auch Wartungsverträge hinsichtlich Software.

Ebenso finden sich im **Bereich des Urheber- und Verlagsrechts** Lizenzverträge beispielsweise auch für Bildträger auf CD-ROM, Film und Rundfunk sowie Videoverträge. Weitere Musterverträge im Bereich des Computerrechts, insbesondere bei Telekommunikation, Online-Diensten und Internetverträgen, werden derzeit erarbeitet.

3.4 Ansprüche aus Leistungsstörungen

Literaturhinweis: Danne / Keil, Wirtschaftsprivatrecht I, S. 109 - 130

Übersicht: Leistungsstörungen



3.4.1 Unmöglichkeit

Ist der Schuldner nicht in der Lage, die geschuldete Leistung zu erbringen, so spricht das Gesetz teils von „Unvermögen“, teils von „Unmöglichkeit“.

Unmöglichkeit liegt vor, wenn **überhaupt niemand** in der Lage ist, die Leistung zu erbringen (sog. **objektive** Unmöglichkeit).

Beispiel: Der verkaufte PKW geht vor Übereignung in Flammen auf.



Der Begriff „**Unvermögen**“ wird vom Gesetz verwandt, wenn es zwar **dem Schuldner selbst unmöglich** ist, die Leistung zu erbringen, ein **Dritter** jedoch die Leistung erbringen könnte (sog. **subjektive** Unmöglichkeit).

Beispiel: Der von V verkaufte PKW ist in Wirklichkeit nicht in seinem Eigentum

Bei Unmöglichkeit und Unvermögen spielt der **Zeitpunkt** eine Rolle, in dem das unmöglichkeitsbegründende Ereignis eintrat. Demnach ist zu unterscheiden:

- **Ursprüngliche oder anfängliche Unmöglichkeit** (bzw. Unvermögen): das Ereignis, das die Unmöglichkeit bewirkte, ist **vor Vertragsschluss** eingetreten.
- **Nachträgliche Unmöglichkeit** (bzw. Unvermögen): das Ereignis, das die Unmöglichkeit bewirkte, ist **nach Vertragsschluss** eingetreten.

Übersicht: Unmöglichkeit

	anfänglich	nachträglich
Unmöglichkeit (objektive Unmöglichkeit)	§ 306 BGB	§ 275 I BGB §§ 323 ff. BGB
Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit)	keine gesetzliche Regelung (→ Garantiehaftung)	§ 275 II BGB §§ 323 ff. BGB

Im Einzelnen:

Anfängliche objektive Unmöglichkeit

Ein auf anfänglich objektive Unmöglichkeit gerichteter Vertrag ist von Anfang an **nichtig** (§ 306 BGB). War im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses somit niemand in der Lage, ihn zu erfüllen, ist der Vertrag unwirksam. Wer dies bei Vertragsschluss weiß oder wissen müsste, ist dem Vertragspartner gem. § 307 I 1 BGB zum **Schadensersatz** verpflichtet. Die Ersatzpflicht scheidet aus, wenn dieser selbst die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss (§ 307 I 2 BGB).

Beispiel: Ein Betrüger verkauft einem Einfältigen eine Reise zur Sonne.

Anfängliche subjektive Unmöglichkeit

Die anfängliche subjektive Unmöglichkeit ist **gesetzlich nicht geregelt**. Nach allgemeiner Ansicht übernimmt der Schuldner jedoch mit seinem Leistungsversprechen eine **Garantie** für sein persönliches Leistungsvermögen im Augenblick des Vertragsschlusses. Ist das Leistungsvermögen jedoch tatsächlich nicht vorhanden, hat der Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Alternativ ist der Gläubiger zum Rücktritt berechtigt.

Nachträgliche Unmöglichkeit

Regelungen zur nachträglichen Unmöglichkeit finden sich in den §§ 275 ff. BGB. Für gegenseitige Verträge finden sich Vorschriften in den §§ 323 ff. BGB.

→ Nachträgliche vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit

Der **Schuldner** wird von der Verpflichtung zur Leistung **frei** (§ 275 I BGB), soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstands, objektiv (§ 275 I BGB) oder subjektiv (§ 275 II BGB) unmöglich wird.

§ 275 BGB ist regelmäßig nur dann einschlägig, wenn es sich bei dem geschuldeten Gegenstand um eine sog. **Stückschuld** handelt. Eine Stückschuld liegt vor, wenn sich die Parteien auf einen individuellen Gegenstand geeinigt haben (z.B. das auf dem Hof stehende Auto Mazda Xedos 9, Seriennummer 223546563-xc123).

Anders bei der sog. **Gattungsschuld**: Eine Gattungsschuld liegt vor, wenn die zu leistende Sache nur nach allgemeinen, gattungsmäßigen Merkmalen bestimmt ist (vgl. § 243 I BGB). Beispiel: Irgendein vom Händler noch zu beschaffender Mazda Xedos 9. Hier hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt (§ 279 BGB). Solange die Leistung aus der Gattung überhaupt möglich ist, trifft den Schuldner eine Beschaffungspflicht.

Gleichzeitig verliert der **Schuldner** jedoch seinen **Anspruch** auf die vertragliche **Gegenleistung** (§ 323 I BGB), sofern nicht besondere gesetzliche Voraussetzungen für den Übergang des Risikos vorliegen (z.B. §§ 324 II, 446, 447 BGB). Schadensersatzansprüche entstehen nicht. Hat der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung seine Gegenleistung bereits erbracht, z.B. eine Vorauszahlung, kann er diese gem. §§ 323 III, 812 ff. zurück fordern.

→ Nachträgliche vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit

Hat der **Schuldner** die Unmöglichkeit zu vertreten, so wird er zunächst **entgegen dem Wortlaut** des § 275 BGB zunächst von seiner **Leistungspflicht** befreit.

Der **Gläubiger** der geschuldeten Leistung hat gem. **§ 325 BGB** mehrere Möglichkeiten, darauf zu reagieren. Welches der ihm zustehenden Wahlrechte er bevorzugt, hängt immer von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (§ 325 I S. 1), auch kann er Befreiung von der Gegenleistung gem. §§ 325 I 3, 323 I BGB verlangen, oder das sog. „stellvertretende commodum“ (das statt der unmöglichen Leistung Erlangte, z.B. Versicherungssumme) herausverlangen (§ 281 BGB).

→ Nachträgliche vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrag dem Schuldner obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den der **Gläubiger zu vertreten** hat, **behält der Schuldner den Anspruch auf Gegenleistung (§ 324 I BGB)**. Der **Schuldner** wird nach **§ 275 BGB** von seiner Leistungspflicht frei.

Beispiel: Der Verkäufer kann auch dann Kaufpreiszahlung gem. § 433 II BGB verlangen, wenn die Kaufsache vor Übereignung durch Verschulden des Käufers zerstört wurde.

3.4.2 Verzug

Schuldnerverzug liegt vor, wenn der Schuldner seine vertraglichen Verpflichtungen nicht innerhalb der Leistungszeit erfüllt. Dem Schuldner ist – anders als bei Unmöglichkeit – die Leistung noch möglich, wenn auch verspätet. Daher bleibt der Erfüllungsanspruch des Gläubigers bestehen.



Die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs sind in den §§ 284, 285 BGB geregelt. Im Einzelnen:

→ **Fälligkeit der Leistung**

Der Leistungsanspruch des Gläubigers muss fällig sein. Fälligkeit tritt ein, wenn der Gläubiger die Leistung verlangen kann (§ 271 BGB).

→ **Nachholbarkeit der Leistung**

Der Schuldner muss nach Ablauf der Leistungszeit in der Lage sein, die geforderte Leistung zu erbringen.

→ **Mahnung des Schuldners**

Der Gläubiger muss den Schuldner zur Leistung aufgefordert haben. Eine Mahnung ist die Aufforderung an den Schuldner, die geschuldete Leistung zu erbringen.

Eine **Mahnung** ist in bestimmten Fällen **entbehrlich**, insbesondere:

- Beim **Fixkauf**: Dies ist dann der Fall, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 284 II 1 BGB);
- Im Falle der **endgültigen Leistungsverweigerung** des Schuldners. In diesem Fall wäre eine Mahnung „bloße Förmerei“ und ist deshalb entbehrlich;
- Auch kommt nach neuer Gesetzeslage der Schuldner einer Geldforderung 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung in Verzug (**§ 284 III 1 BGB**).

→ **Verschulden des Schuldners**

Der Schuldner muss den Umstand zu vertreten haben, der ihn an der rechtzeitigen Leistung gehindert hat (§ 285 BGB).

Die **Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs** sind den §§ 286 ff. BGB zu entnehmen:

→ **Haftungserweiterung**

Der Schuldner haftet für jede Fahrlässigkeit, selbst wenn er bisher vertraglich nur für grobe Fahrlässigkeit zu haften hatte (§ 287 S. 1 BGB).

Der Schuldner haftet zudem für eine während des Verzugs zufällig eintretende Unmöglichkeit der Leistung, es sei denn, der Schaden wäre auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten (§ 287 S. 2 BGB).

→ **Ersatz des Verspätungsschadens** (§ 286 S. 1 BGB);

→ Im Falle einer Geldschuld kann der Gläubiger **Verzugszinsen** verlangen (§ 288 BGB), noch höhere Zinsen sogar bei zweiseitigen Handelsgeschäften (§ 352 I HGB).

→ Beim **gegenseitigen Vertrag** gilt die **Sondervorschrift des § 326 BGB**. Sind dessen Voraussetzungen gegeben (insb. Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, Nichtleistung innerhalb der Nachfrist), so kann der Gläubiger wahlweise die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.



Der **Gläubigerverzug (Annahmeverzug)** ist in den §§ 293 ff. BGB geregelt. Er liegt dann vor, wenn der Gläubiger eine Leistung des Schuldners nicht angenommen hat, obwohl der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, zur Leistung in der Lage ist, und die Leistung angeboten hat.

Im Einzelnen zu den **Voraussetzungen des Gläubigerverzugs**:

→ **Leistungsberechtigung des Schuldners**

Der Schuldner muss zur Leistung berechtigt sein, d.h. er muss zum gegebenen Zeitpunkt die Leistung erbringen dürfen (§ 271 II BGB). Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn die Leistungserbringung vertraglich erst vier Wochen später erfolgen soll.

→ Der Schuldner **muss zur Leistung imstande und bereit** sein (§ 297 BGB);

→ Der Schuldner muss die Leistung **angeboten** haben. Der Regelfall ist dies das tatsächliche Angebot der Leistung (§ 294 BGB), welches am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der richtigen Beschaffenheit zu erfolgen hat. In den Fällen des § 295 BGB ist das tatsächliche Angebot durch ein wörtliches Angebot ersetzbar, § 296 BGB beschreibt Fälle der Entbehrlichkeit eines Angebots.

→ Der Gläubiger darf die Leistung **nicht angenommen** haben. Auf ein Verschulden kommt es hierbei nicht an.

Als **Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs** entstehen für den Schuldner Vergünstigungen, die Leistungspflicht bleibt jedoch bestehen.

→ **Haftungserleichterung**

Der Schuldner haftet gem. § 300 BGB nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

→ **Gefahrübergang**

Bei einer ausgesonderten Gattungssache geht die Gefahr des Untergangs auf den Gläubiger über. Geht die Sache also unter, so kann sich der Gläubiger nicht mehr auf die Beschaffungspflicht des § 279 BGB berufen, vielmehr wird der Schuldner gem. § 275 BGB von seiner Leistungspflicht befreit.

→ **Weitere Rechte** des Schuldners: Ersatz der Mehraufwendungen (§ 304 BGB) und Wegfall der Verzinsung einer Geldschuld des Schuldners (§ 301 BGB)

3.4.3 Gewährleistung



Gewährleistung liegt vor, wenn der Schuldner zwar leistet, jedoch seine **Leistung mangelhaft** ist, beispielsweise eine fehlerhafte Kaufsache geliefert wird, oder ein Bauwerk mit Mängeln erstellt wird. Sachmängel bestehen nach dem BGB in „**Fehlern**“ oder im „**Fehlen zugesicherter Eigenschaften**“. Die Fehler können in der Art, Güte, oder Beschaffenheit der Sache liegen.

Allgemein ist eine Sache stets dann **fehlerhaft**, wenn ihre tatsächliche Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten abweicht und dabei der Wert oder die Tauglichkeit der Sache beeinträchtigt werden.

Eine **zugesicherte Eigenschaft** fehlt, wenn die Eigenschaft als solche nicht vorhanden ist und wenn sich die Parteien ausdrücklich darauf geeinigt hatten, dass der Schuldner bei ihrem Fehlen haften wird.

Liegt ein Sachmangel vor, so hängen die Rechte des Gläubigers von den speziellen Vorschriften des Vertrages ab. Die Ansprüche bei Mängeln der Mietsache unterscheiden sich naturgemäß von den Ansprüchen bei Mängeln einer Kaufsache oder eines erstellten Werkes. Insofern kann hier nur ein grober Überblick gewährt werden.

→ **Wandelung** (§§ 467, 465, 462, 459, 346 BGB beim Kauf, §§ 634, 467, 465, 462, 459, 346 BGB beim Werkvertrag): Der Gläubiger kann die **Rückabwicklung** des Vertrages verlangen. In Folge dessen haben die Parteien sich gegenseitig das Erlangte zurückzugewähren.

→ **Minderung** (§§ 472 BGB beim Kauf bzw. 634 BGB beim Werkvertrag bzw. 537 BGB beim Mietvertrag): Hier kann der Gläubiger **Herabsetzung** der vereinbarten **Vergütung** verlangen.

→ **Ersatzlieferung bei Gattungsschuld**. Im Falle eines Gattungskaufes kann der Gläubiger Neulieferung einer fehlerfreien Sache verlangen (§ 480 I BGB).

→ **Nachbesserung** (§ 536 BGB bei Miete, § 633 BGB bei Werkvertrag). Der Gläubiger kann Beseitigung der Mängel fordern. Zu bemerken ist, dass das BGB beim Kaufvertrag keine Nachbesserung vorsieht, dies wird jedoch häufig in AGB vereinbart.

→ **Schadensersatz wegen Nichterfüllung** (§§ 463/480 BGB beim Kauf, § 538 BGB beim Mietvertrag, § 635 BGB beim Werkvertrag). Fehlt der Sache eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der Schuldner einen Mangel arglistig verschwiegen, wird dem Gläubiger ein Anspruch aus Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugestanden.

3.4.4 Positive Vertragsverletzung

Übersicht:

Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung:

1. Bestehen eines vertraglichen Schuldverhältnisses
2. Vorrang von Gewährleistungsvorschriften oder speziellen Leistungsstörungen wie Verzug oder Unmöglichkeit
3. Objektive Pflichtverletzung von Nebenpflichten oder Schlechtleistung mit Mangelfolgeschäden
4. Verschulden
5. Schaden
6. Rechtsfolge: Schadensersatz

Als der **Gesetzgeber** im Jahr **1900** das Bürgerliche Gesetzbuch verabschiedete, war er davon **ausgegangen**, dass die gesetzlichen Regelungen über Verzug und Unmöglichkeit sowie die Gewährleistungsvorschriften bei Kauf-, Miete- und Werkvertrag **alle denkbaren Arten von Leistungsstörungen erfassen würde**. Doch bereits einige Jahre später wurde erkannt, dass **bestimmte Fälle im Gesetz nicht geregelt** sind, beispielsweise wenn die Lieferung von mangelhaften Viehfutter zum Tod der damit gefütterten Tiere führt.

Zwar war der Ersatz des mangelhaften Futters bereits durch die Gewährleistungsvorschriften erfasst, nicht jedoch der Sachschaden, der Schaden, der durch den Tod der damit gefütterten Tiere entstand. Dieser Schaden wird als **Mangelfolgeschaden** bezeichnet. Aktueller Bezug liegt vor, wenn beispielsweise schuldhaft BSE verseuchtes Tiermehl ausgeliefert wird, damit zuvor noch gesunde Tiere gefüttert werden und die dann an der BSE Krankheit verenden. Um diese Gesetzeslücke zu schließen, hat sich durch Gewohnheitsrecht der Tatbestand der positiven Vertragsverletzung herausgebildet.



3.4.5 Culpa in Contrahendo (Verschulden bei Vertragsschluss)

Auch die **vorvertragliche Haftung** wegen Verschuldens bei **Vertragsverhandlungen** ist wie die PVV zwischenzeitlich, obwohl im Gesetz nicht geregelt, **gewohnheitsrechtlich anerkannt**. Im Gegensatz zur PVV sind es hier Pflichtverletzungen im **vorvertraglichen** Anbahnungsverhältnis, die zum Schaden beim künftigen Vertragspartner führen.

Voraussetzungen:

1. Vorvertragliches Schuldverhältnis aufgrund von Vertragsverhandlungen oder die Aufnahme des geschäftlichen Kontakts
2. Objektive Pflichtverletzung, beispielsweise Verletzung von Schutzpflichten oder Aufklärungspflichten
3. Verschulden
4. Schaden des Verhandlungspartners aufgrund der Pflichtverletzung
5. Rechtsfolge: Schadensersatz

Beispiele:

Für Schadensersatzansprüche aus c.i.c.:

- Verletzung von Verkehrssicherungspflichten gegenüber potenziellen Kunden, beispielsweise Verletzung einer Kundin durch ein in der Obstabteilung eines Kaufhauses herumliegendes Salatblatt, auf dem die Kundin ausrutscht;
- Fahrlässige täuschende Prospektangaben gegenüber Kapitalanlegern oder im Warenterminhandeln;
- beim Unternehmenskauf die Vorlage unrichtiger Umsatzangaben;
- fehlerhafte oder unterlassene Aufklärung über Formerfordernisse.

3.4.6 Wegfall der Geschäftsgrundlage

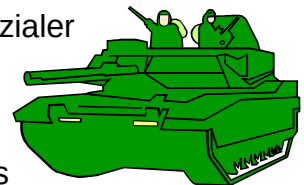
Im deutschen Recht herrscht der Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Verträge sind einzuhalten). Unter den ganz besonderen Voraussetzungen des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ (WGG) kann dieses Vertragstreueprinzip durchbrochen werden:

Voraussetzungen:

1. Vorhandensein einer Geschäftsgrundlage, die nicht in den Risikobereich einer Partei fällt
2. Deren Wegfall
3. Unzumutbarkeit, am Vertrag festzuhalten
4. Rechtsfolge: Vertragsanpassung falls möglich, ansonsten Vertragsauflösung durch Rücktritts- oder Kündigungsrecht.

Beispiele:

Störungen im Austauschverhältnis aufgrund sozialer Katastrophen wie Krieg oder aufgrund höherer Gewalt bei beidseitigen Irrtümern, nicht aber bei Umständen, die in den Risikobereich einer Partei fallen, wie beispielsweise Preissteigerungen nach Vertragsschluss oder die enttäuschte Gewinnerwartung.



3.5 Ansprüche aus Deliktsrecht und Gefährdungshaftung

3.5.1 Deliktische Ansprüche nach § 823 ff BGB.

Das Deliktsrecht regelt die **Wiedergutmachung von schädigenden unerlaubten Handlungen**.

Wichtige Grundtatbestände sind die **§ 823 Abs. 1 BGB** bei Verletzung absoluter Rechtsgüter, **§ 823 Abs. 2 BGB** bei Schutzgesetzverletzung, **§ 826 BGB** bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, **§ 831 BGB** Haftung für unerlaubte Handlungen des Verrichtungsgehilfen (z.B. Arbeitnehmer) sowie **§ 847 BGB** die Regelung des Schmerzensgeldanspruches.

Zur Verwirklichung der Haftungsrechtsfolge ist bei diesen Ansprüchen **kein bestehendes Schuldverhältnis** (beispielsweise ein Vertrag) Voraussetzung (anders bei den vorher aufgeführten Leistungsstörungenregelungen).

Es ist möglich, dass ein und dieselbe Handlung sowohl Schadensersatzansprüche aus Leistungsstörungenrecht aber auch aus **§ 823 ff BGB** auslöst: Beschädigt beispielsweise der Leasingnehmer fahrlässigerweise das Leasingobjekt, so kann der Geschädigte Eigentümer (Leasinggeber) Schadensersatzansprüche, beispielsweise aus PVV aber auch aus unerlaubter Handlung gemäß **§ 823 BGB** wegen der Verletzung fremden Eigentums beanspruchen, wobei der Schaden selbstverständlich nur einmal ersetzt wird.

Praktische Anwendungsbereiche des Deliktsrechts sind beispielsweise Verkehrsunfälle, Körperverletzungen, ärztliche Kunstfehler, Straftaten wie Diebstahl, Sachbeschädigung, etc. Die Ansprüche nach **§ 823 ff BGB** setzen vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Schädigers, also Verschulden voraus. Anders dagegen die Gefährdungshaftung, vgl. unten 3.5.2.

3.5.1.1 Unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 1

Aufbauschema § 823 Abs. 1 BGB

1. Rechtsgutverletzung
2. Verletzungshandlung
3. Haftungsbegründende Kausalität
4. Rechtswidrigkeit
5. Verschulden
6. Schaden
7. Haftungsausfüllende Kausalität
8. Rechtsfolge: Ersatz des Schadens gemäß **§ 249 ff BGB**: materieller Schaden und in Verbindung mit **§ 847 BGB**, **§ 253 BGB**: immaterieller Schaden.

Zu den einzelnen Voraussetzungen:

Gemäß **§ 823 I BGB** muss ein **Rechtsgut** verletzt werden: Verletzung des **Lebens**, was zum Schadensersatzanspruch der Unterhaltsberechtigten gemäß **§ 844 BGB** führt.



Verletzung des **Körpers**, beispielsweise Zufügung von Wunden oder Verletzung der **Gesundheit**, beispielsweise bei Herbeiführung eines Nervenzusammenbruchs oder Leberschadens.

Verletzung der **Freiheit** ist bei Freiheitsberaubungen gegeben.

Eine **Eigentumsverletzung** liegt bei Substanzeinwirkungen wie Zerstörung oder Beschädigung vor, aber auch bei zumindest zeitweiliger Entziehung (beispielsweise durch Diebstahl) oder durch Gebrauchsbeeinträchtigung, beispielsweise aufgrund von Immissionen.

Auch die Verletzung „**sonstiger Rechte**“ ist möglich: Hier entwickelte die Rechtsprechung im Laufe der Zeit einige Fallgruppen:

In Betracht kommen **dingliche Rechte** wie Hypothek oder Grundschuld, Erbbaurecht, Vorkaufsrecht, Pfandrecht an beweglichen Sachen sowie Anwartschaftsrecht beim Eigentumsvorbehaltskauf. Darüber hinaus Rechte wie beispielsweise Patent-, Urheber-, Warenzeichen- und Gebrauchsmusterrechte, insbesondere auch der Name des Kaufmanns, die Firma und Namensrechte.

Auch das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** sowie das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** stellen sonstige Rechte im Sinne des § 823 BGB dar.

Ein **Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** liegt beispielsweise vor bei geschäftsschädigenden Äußerungen, Schmähkritik, rechtswidrigen Streiks, unrechtmäßigen Boykottaufrufen sowie ungerechtfertigten Abmahnungen.

Die **Verletzung des Persönlichkeitsrechts** kommt bei Verletzung von Ehre und Privatsphäre in Betracht, beispielsweise durch heimliche Tonband- und Bildaufnahmen, öffnen fremder Post sowie Einholung graphologischer Gutachten ohne die Einwilligung des Schreibers, Veröffentlichung von Privatbriefen, Erfinden eines tatsächlich nicht gegebenen Interviews, Zurückweisung einer Stellenbewerberin aufgrund des Geschlechts, diffamierende Schmähkritik sowie wahrheitswidrige Tatsachenbehauptung.

Nicht geschützt durch § 823 Abs. 1 BGB ist der **primäre Vermögensschaden**, d.h. ein Vermögensschaden der eintritt **ohne** dass **zuvor ein Rechtsgut** des § 823 I BGB verletzt worden wäre.

Beispiel: Verursacht ein Autofahrer schuldhaft einen Verkehrsunfall aufgrund dessen sich ein Stau bildet und kann ein anderer Verkehrsteilnehmer aufgrund des Staus den Flug zu einem wichtigen Geschäftstermin nicht mehr erreichen, so ist der aufgrund des geplatzten Termins entgangene Gewinn **nicht** durch § 823 Abs. 1 BGB gedeckt. Begründung: Ein absolutes Rechtsguts des im Stau befindlichen Verkehrsteilnehmers wurde nicht verletzt, sein PKW etwa ist unversehrt.

Verletzungshandlungen können **positives Tun** aber auch **Unterlassen** sein, wenn der Schädiger eine **Rechtspflicht zum Handeln (Garantenstellung)** hatte. Eine Pflicht zum Handeln kann sich aus **Verkehrssicherungs-**

pflichten ergeben. Die Verkehrssicherungspflicht beinhaltet, dass jeder, der Gefahrenquellen schafft, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutze Dritter treffen muss.

Der Anspruch aus Deliktsrecht **verjährt** gemäß § 852 BGB.

Bei **Körper- und Gesundheitsschäden** sowie der **Verletzung von Freiheit oder Persönlichkeitsrechten** besteht auch die Möglichkeit, **Schmerzensgeld** (§ 847 BGB) zu beanspruchen.

3.5.1.2 Haftung für Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB

Aufbauschema § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB

Voraussetzungen:

1. Verrichtungsgehilfe
2. Widerrechtliche Schädigung im Sinne von § 823 BGB
3. In Ausführung der Verrichtung
4. Verschulden des Geschäftsherrn
5. Rechtsfolge: Schadensersatz wie bei § 823 BGB

Aufgrund der Arbeitsteilung der Wirtschaft bedienen sich die Unternehmer einer großen Zahl von Hilfspersonen wie Arbeitnehmern und Auszubildenden.



Hat ein **Verrichtungsgehilfe** (z.B. Arbeitnehmer) rechtswidrig (nicht notwendig schuldhaft) eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB begangen, wird über § 831 BGB **vermutet**, dass die rechtswidrige Schädigung aufgrund eines **Verschuldens des Geschäftsherrn** (Arbeitgeber) bei der Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen verursacht wurde. Die Hilfsperson selbst haftet ebenfalls nach § 823 Abs. 1 BGB

§ 831 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine **eigene Anspruchsgrundlage**, die wie § 823 BGB **kein Vertragsverhältnis** zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten voraussetzt.

Im Einzelnen:

Definition des Verrichtungsgehilfen: Wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn in dessen Interesse tätig ist und von dessen Weisungen abhängig ist.

Keine Verrichtungsgehilfen sind selbstständige Personen wie beispielsweise Bauunternehmer oder Handwerker, Subunternehmer, Steuerberater, Rechtsanwälte, Frachtführer, Spediteure, Kommissionäre.

Bei der Prüfung der Voraussetzung der widerrechtlichen Schädigung durch den Verrichtungsgehilfen sind die **objektiven Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB** wie oben zu prüfen.

Der Verrichtungsgehilfe muss **in Ausführung der Verrichtung** und **nicht nur bei Gelegenheit** gehandelt haben: Beschädigt der Geselle des Elektromeisters bei der Installation Mobiliar des Auftraggebers, so geschah dies in Ausführung der Verrichtung. Bei Gelegenheit handelte der Verrichtungsgehilfe, wenn er an seinem Einsatzort einen Gegenstand des Auftraggebers entwendet.

Für die Haftung aus § 831 BGB muss den **Geschäftsherrn** ein **Verschulden** treffen. Dieses **Verschulden bei der Auswahl oder Überwachung des Verrichtungsgehilfen wird vermutet**.

Es besteht allerdings die Möglichkeit für den Geschäftsherrn, sich zu **entlasten**. Hierzu hat er gem. **§ 831 I 2 BGB** nachzuweisen, dass er bei **Auswahl und Überwachung** seiner Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtete. Dieser Paragraph betrifft vor allem die **Personalverantwortlichen**. Es ist darauf zu achten, dass je verantwortungsvoller und komplexer die Tätigkeiten des Verrichtungsgehilfen sind, desto umfangreicher die Auswahl- und Überwachungspflichten sind. Neben fachlichen Kenntnissen muss auch auf moralische Eigenschaften wie Verantwortungsbewusstsein und Charakterstärke geachtet werden. Neben dem Studium der Zeugnisse sind gegebenenfalls auch Erkundigungen bei früheren Arbeitgebern einzuholen oder Arbeitsproben zu begutachten. Um sich hinsichtlich der Überwachung zu entlasten, ist nachzuweisen, dass eine fortdauernde planmäßige unauffällige Überwachung mit unerwarteten Kontrollen durchgeführt wurden. **Großbetriebe** können sich durch einen sogenannten **dezentralisierten Entlastungsbeweis** entlasten, wenn der Unternehmer oder die Geschäftsleitung von Großbetrieben die Aufgaben der Auswahl und Überwachung auf zuverlässige und bewährte höhere Angestellte übertragen haben. Diesbezüglich muss der zuständige höhere Angestellte sorgfältig ausgewählt und überwacht werden. Der höhere Angestellte wiederum muss beweisen, dass er seinerseits den schädigenden Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt und überwacht hat.

Neben der Haftung des **Unternehmers aus § 831 BGB** kommt eine Haftung über **§ 823 BGB** in Betracht, wenn er sein Unternehmen nicht durch entsprechende Arbeitsanweisung so organisiert hat, dass Dritte durch betriebliche Arbeitsabläufe nicht geschädigt werden („**Organisationsverschulden**“).

3.5.1.3 Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB wegen Verstoßes gegen Schutzgesetz

Aufbauschema § 823 Abs. 2 BGB

Voraussetzungen:

1. Vorliegen eines Schutzgesetzes
2. Verletzung des Schutzgesetzes
3. Kausalität (Befolgung des Schutzgesetzes hätte eine größere Sicherheit gegen den Schadenseintritt geboten)
4. Widerrechtlichkeit
5. Verschulden
6. Schaden
7. Rechtsfolge: Schadensersatz

Im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB reicht es, wenn das **Schutzgesetz** verletzt ist. Eine Rechtsgutsverletzung wie bei § 823 Abs. 1 BGB ist daher nicht erforderlich. Somit wird über § 823 Abs. 2 BGB bei Verletzung eines entsprechenden Schutzgesetzes **auch** das durch die schädigende Handlung geminderte **Vermögen** geschützt. Schutzgesetze sind beispielsweise Abfallgesetz, Arbeitszeitgesetz, Bundesdatenschutzgesetz, Strafgesetzbuch (mit zahlreichen Einzelstraftatbeständen), Produktsicherheitsgesetz, Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen, Gerätesicherheitsgesetz etc.

3.5.1.4 Haftung wegen sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB

Aufbauschema § 826 BGB

Voraussetzungen:

1. Schadenszufügung
2. Verstoß gegen die guten Sitten bei der Schadenszufügung
3. Vorsatz
4. Schaden
5. Rechtsfolge: Schadensersatz (auch Vermögensschäden)

Eine **vorsätzliche sittenwidrige Schädigung** liegt beispielsweise bei **arglistigem Verhalten** bei Vertragsschluss vor, beispielsweise beim Verschweigen von für den Vertragspartner wichtigen Umständen, wie z.B. bei einem unterbliebenen Hinweis des Geschäftsführers bei Vertragsschluss auf bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit der GmbH. Aber auch bei bewusst unrichtigen Auskünften, bei Gläubigerbenachteiligung und Insolvenzverschleppung. Auch aufgrund einer Knebelung durch Übersicherung in der Krise des Kreditnehmers, bei rechtswidrigen Arbeitskämpfen, Patentererschleichung, Schmiergeldzahlungen, Einbau von Killerviren in PC etc.

3.5.2 Gefährdungshaftung nach Produkthaftungsgesetz

3.5.2.1 Gefährdungshaftung allgemein

Bei Gefährdungshaftungstatbeständen haftet der Schädiger für die eingetretenen Schäden auch, wenn ihm **kein Verschulden** zur Last liegt. Gefährdungshaftungstatbestände sind in verschiedenen Gesetzen geregelt so beispielsweise in § 1 Produkthaftungsgesetz (Haftung für Produktfolgeschäden), §§ 1, 2 Haftpflichtgesetz (Haftung von Bahnbetreibern und Energieversorgern), § 7 Straßenverkehrsgesetz (Haftung des Kfz-Halters), §§ 33, 44 Luftverkehrsgesetz (Luftfahrthaftung), §§ 25, 26 Atomgesetz (Atomanlagenbetreiberhaftung), § 22 Wasserhaushaltsgesetz (Haftung für Gewässerschädigung), §§ 1, 2 Umwelthaftungsgesetz (Haftung für Umweltschäden) und § 84 Arzneimittelgesetz (Haftung für Arzneimittelschäden).

Eine besonders große Rolle in der Praxis spielt die **Gefährdungshaftung nach dem Produkthaftungsgesetz**.

3.5.2.2 Gefährdungshaftungstatbestände

Gefährdungshaftungstatbestände setzen voraus, dass das **typische Betriebsrisiko** der betreffenden Gefahrenquelle verwirklicht wurde. Es werden grundsätzlich **nur materielle Schäden** ersetzt, also **kein Schmerzensgeld** geleistet. Darüber hinaus grenzen Höchstbeträge die Haftung ein. Gefährdungshaftungstatbestände stehen **neben** deliktischen Ansprüchen und gegebenenfalls dazu konkurrierenden vertraglichen Ansprüchen aus Leistungsstörungen.

Exemplarisch sei kurz auf die Gefährdungshaftung nach dem Produkthaftungsgesetz eingegangen.

Auf Grund einer EG-Richtlinie ist am 1.1.1990 das Produkthaftungsgesetz in Kraft getreten. Zum Schutze des Verbrauchers legt es eine verschuldens-unabhängige Haftung für fehlerhafte Produkte fest. Die Ersatzpflicht des Herstellers kann nicht ausgeschlossen werden.

Aufbauschema: Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz

Voraussetzungen:

1. Produkt (§ 2)
2. Produktfehler (§ 3)
3. Zeitpunkt des in Verkehr Bringens
4. Verletzung eines Rechtsgutes im Sinne des § 1
5. Kausalität
6. Anspruchsberechtigung
7. Anspruchsgegner (§ 4)
8. Kein Haftungsausschluss (§ 1 Abs. 2, Abs. 3)
9. Rechtsfolge: Schadensersatz (§§ 7 – 11)

Bedeutung der Produkthaftung in der Praxis:

→ Laut einer Pressemeldung will die Reifenfirma Firestone in den USA nach einer Serie schwerer Unfälle mit mindestens 46 Toten ca. 20 Millionen Reifen aus dem Handel nehmen. Die Rückrufaktion könnte das Unternehmen 500 Millionen Dollar bzw. über 1 Milliarde DM kosten.

→ Gemäß einer weiteren Pressemitteilung aus dem Jahr 1997 wurde der US Autohersteller Chrysler von einem amerikanischen Gericht wegen eines Unfalls zur Zahlung von Schmerzensgeld in Höhe von rund 467 Millionen DM verurteilt. Bei dem Unfall war ein Kind aus dem Auto geschleudert worden und hatte dabei einen Schädelbruch erlitten. Ursache für den Unfall war eine defekte Heckverriegelung. Diese habe sich bei dem Auffahrunfall geöffnet, so dass ein Kind aus dem Auto geschleudert werden konnte. Das Gericht ging dabei davon aus, dass Chrysler seit 1985 die schadhafte Verriegelung des Wagentyps bekannt war, diese jedoch nicht geändert wurde. Darüber hinaus habe der Autohersteller eine umfassende Untersuchung ähnlicher Schäden bei Unfällen durch Bestechung von Abgeordneten zu Unterbinden versucht.

→ Nach einer Pressemitteilung aus dem Jahr 1999 sei zum 2. Mal die Haftung der Autohersteller Daimler Chrysler für Verletzungen festgestellt worden, die in Folge einer fehlerhaften Konstruktion beim Auslösen eines Airbags verursacht worden sind. Den etwa 75.000 Klägern einer Sammelklage hat ein Gericht in Philadelphia jeweils einen Betrag von 730 Dollar, insgesamt 54,7 Millionen Dollar zugesprochen. Darüber hinaus wurde der Konzern zu einer Strafe von 3,8 Millionen Dollar verurteilt. In dem zuletzt entschiedenen Verfahren war bei einem Auffahrunfall im Jahr 1992 der Airbag des aus dem Jahr 1989 stammenden Modells in Funktion gesetzt worden. Die beim Zünden des Airbags austretenden Gase hatten der Fahrerin, einer schwangeren Frau, Verbrennungen 2. und 3. Grades zugefügt. Dadurch, dass der Konzern, der von den Verbrennungsrisiken Kenntnis besessen habe, untätig geblieben sei, habe er zudem ein Gesetz des US-Bundesstaats Philadelphia verletzt.

→ Nach einer Pressemeldung aus dem Jahr 1999 sei der US Autohersteller General Motors (GM) aufgrund eines Urteils, gegen das Berufung eingelegt wurde, zu 9,4 Milliarden DM Schadensersatz an 6 mit einem GM-Auto verunglückten Personen verurteilt worden. Die 4 Kinder und 2 Erwachsenen hatten 1993 Verbrennungen erlitten, als ihr Chevrolet Malibu bei einem Auffahrunfall in Flammen aufgegangen war. Der Anwalt der Unfallopfer argumentierte, der Benzintank im Chevrolet Malibu sei zu nahe an der hinteren Stoßstange angebracht und nur unzureichend geschützt gewesen. GM habe von diesen Fehlern gewusst und trotzdem auf vergleichsweise günstige Maßnahmen verzichtet, um das Kraftstoffsystem sicherer zu machen. Die Geschworenen in Los Angeles schlossen sich dieser Meinung an. Wichtigstes Beweismittel in dem Prozess war ein bereits 1973 verfasstes Memorandum eines GM-Ingenieurs über die Sicherheitsprobleme am Tank des Chevrolet Malibu. Dort hieß es, Todesfälle durch Feuer verursachen für GM Kosten von 2,4 Dollar pro Auto, während die nötigen Nachbesserungen am Benzinssystem 4 – 12 Dollar je Auto kosten würden.

→ Weitere bekannte (deutsche) Produkthaftungsfälle sind Contagan, Lindan, Asbest, etc.

Das **Produkthaftungsgesetz beruht auf einer EG-Richtlinie**, so dass in den EU-Ländern zum großen Teil gleichartige Haftungs Vorschriften existieren.

Auch in außereuropäischen Ländern ist die Produkthaftung ähnlich geregelt, vgl. Scherer/Butt/Reimertshofer, Risiken der internationalen Produkthaftung aus Sicht eines deutschen Unternehmers, Der Betrieb 1999, Seite 469, Seite 473 (Produkthaftung in Osteuropa und außereuropäischen Staaten).

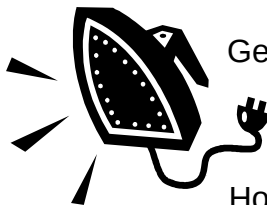
Die Produkthaftung ist **verschuldensunabhängig** und kann auch **nicht** durch vertragliche Vereinbarungen **ausgeschlossen** oder beschränkt werden (§ 14 PHG). Hersteller sollten sich deshalb durch eine Produkthaftungspflichtversicherung gegen entsprechende Risiken, die durch betriebliche Organisation nicht vermeidbar sind, versichern.

Die Ansprüche aus dem Produkthaftungsgesetz kommen **neben** sonstigen Ansprüchen aufgrund von durch fehlerhafte Produkte hervorgerufenen Schäden in Betracht, beispielsweise neben den Ansprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz oder aus vertraglichen Gewährleistungshaftungsansprüchen wie §§ 463, 480 Abs. 2 BGB, positiver Vertragsverletzung etc.

Ergänzt wird das Produkthaftungsgesetz durch das **Produktsicherheitsgesetz** aus dem Jahr 1997. Auch dieses Gesetz schreibt vor, dass nur sichere Produkte in den Verkehr gebracht werden dürfen. Dieses Gesetz regelt insbesondere sicherheitsrelevante behördliche Maßnahmen wie beispielsweise behördliche Warnung der Öffentlichkeit oder behördliche Verpflichtung der Unternehmen zur Rückrufaktionen. Das Produktsicherheitsgesetz ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Voraussetzungen der Produkthaftung nach Produkthaftungsgesetz im Einzelnen:

3.5.2.3 Produkt



Gemäß § 2 Produkthaftungsgesetz ist Produkt **jede bewegliche Sache**, auch als **Teil einer anderen beweglichen Sache** (z.B. Getriebe oder Bremsanlage im Auto) **oder einer unbeweglichen Sache** (Aufzug im Hochhaus). Auch Elektrizität fällt darunter.

Strittig ist jedoch die Produkteigenschaft von Software (nach herrschender Meinung als Produkt im Sinne des § 3 Produkthaftungsgesetzes angesehen). Näher dazu in Folge 11 des Kurses: Leistungsstörungen, Gewährleistung und Haftung im IT-Bereich insbesondere bei Qualitätsmängeln.

3.5.2.4 Fehler

Gemäß § 3 Produkthaftungsgesetz ist das Produkt **fehlerhaft**, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere seiner Darbietung und des üblichen Gebrauchs berechtigter Weise erwartet werden kann.

Dabei werden **Konstruktionsfehler, Fabrikationsfehler und Instruktionsfehler** unterschieden. Ein Instruktionsfehler liegt beispielsweise vor, wenn der Unternehmer nicht genügend deutlich auf Unverträglichkeiten und Risikofaktoren seines Produktes hinweist oder dem Produkt nur mangelhafte Gebrauchsanweisungen beilegt. Auch vor naheliegendem Fehlgebrauch des Produkts muss gewarnt werden (möglicherweise, dass ein Heißluftfön nicht zum Haare fönen verwendet wird!).

Ein Produktfehler ist dann relevant, wenn das Produkt **nicht so sicher** ist, wie **die Allgemeinheit dies objektiv für erforderlich** hält.

Beispielsweise **weiß** die Allgemeinheit nach der Verkehrsauffassung, dass Nikotin und Alkohol schädliche Nebenwirkungen haben. Andererseits erwar-

tet die Allgemeinheit, dass sich das Produkt auf dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik (DIN-Normen, VDI-Bestimmungen) befindet. Auch die Preisgestaltung hat Einfluss auf die Erwartung der Allgemeinheit, so dass entsprechend hohe Preise zu einer größeren Sicherheitserwartung führen als möglicherweise Schleuderpreise. Keinesfalls jedoch darf eine Verbilligung eines Produkts dazu führen, dass sich der Unternehmer trotz Sicherheitsmängeln seines Produkts „freizeichnen“ kann. Insbesondere auch die Darbietung des Produkts (beispielsweise aufgrund der Verpackung oder Bewerbung oder auch durch Anbringen von Gütezeichen) hat Einfluss auf die Erwartungen der Allgemeinheit. Die Marketingabteilung sollte sich daher bei Aussagen im sicherheitsrelevanten Bereich äußerst zurückhaltend benehmen.

Beim Produkthaftungsgesetz ist - anders als bei der deliktischen Produzentenhaftung - **der Zeitpunkt des in Verkehr Bringens** des Produkts maßgeblich. Es führt zu keiner Haftung des Unternehmers, wenn sich **nach** dem in Verkehr bringen der Sicherheitsstandard aufgrund des Fortschreitens von Wissenschaft und Technik verbessert hat (§ 3 Abs. 2 PHG)

3.5.2.5 Verletzung eines Rechtsguts

Durch das Produkthaftungsgesetz werden **Leben, Körper und Gesundheit** geschützt. Bei der **Sachbeschädigung** werden nur **andere** Sachen als das fehlerhafte Produkt ersetzt und dies auch nur, wenn diese Sache dem **privaten Gebrauch dient**. Die Schäden an dem fehlerhaften Produkt selbst oder an gewerblich genutzten Sachen mögen über das vertragliche Gewährleistungsrecht oder die § 823 ff BGB möglicherweise ersetzt werden.

3.5.2.6 Sonstige Voraussetzung

Die Rechtsgutsverletzung muss **ursächlich** durch den Produktfehler herbeigeführt worden sein. Die Beweislast für den Produktfehler, den Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen Produktfehler und Schädigung trägt der Geschädigte (§ 1 Abs. 4 PHG). **Anspruchsberechtigt** ist jeder Geschädigte, egal ob er das Produkt erworben hat oder zufällig mit dem Produkt in Berührung kommt.

Anspruchsgegner sind der Endproduktehersteller, der Zulieferer eines fehlerhaften Teilprodukts aber auch der sogenannte Quasihersteller, der auf einem fremden Produkt seinen Namen, seine Marke oder sonstige Herstellerkennzeichen anbringt (§ 4 PHG). Auch ein Importeur kann als Hersteller haften. Der Händler oder Lieferant haftet nur dann als Hersteller, wenn der tatsächliche Hersteller nicht feststellbar ist.

Haftungsausschlussgründe sind in § 1 Abs. 2 PHG und § 1 Abs. 3 PHG geregelt (lesen!). Für das Vorliegen eines derartigen Ausschlussgrundes trägt der Hersteller die Beweislast.

3.5.2.7 Schadensersatzfolgen

Die Schadensersatzfolgen sind in §§ 7 – 11 PHG geregelt. Bei **Personenschäden** besteht eine **Haftungsobergrenze** in Höhe von 160 Millionen DM. Bei der **Sachbeschädigung** ist vom Geschädigten der Schaden bis zu einer

Höhe von **1.125,- DM selbst zu tragen**. Dies wird insbesondere bei Serienfehlern relevant, wenn beispielsweise eine große Zahl fehlerhafte Produkte zu relativ kleinen Schädigungen in großer Anzahl führen. Schmerzensgeld wird über Produkthaftungsgesetz nicht ersetzt. Die Verjährung beträgt 3 Jahre und der Anspruch erlischt endgültig 10 Jahre nach dem Zeitpunkt des in Verkehr Bringens des Produktes.

3.6 Tendenzen und Vorhaben im Rahmen der Gesetzgebung (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)

Durch den im August 2000 vom Bundesjustizministeriums vorgelegten Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sollen zum 1.1.2002 die Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch im Bereich des Kauf- und Werkvertrags zum Teil neu gefasst werden. Insbesondere sollen Regelungen über den Kauf im Bereich des Fernabsatzes in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen werden. Das Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen soll abgeändert und in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt werden. Erstmals sollen darüber hinaus auch - neben der teilweisen Abänderung der gesetzlich bereits geregelten Leistungsstörungen - die bisher nicht gesetzlich geregelten Leistungsstörungsinstitute wie positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo und Wegfall der Geschäftsgrundlage kodifiziert, also gesetzlich im Bürgerlichen Gesetzbuch verankert werden.



3.7. Kontrollfragen

Frage 1:

Was wird beim Werkvertrag (§ 631 BGB) gegenseitig geschuldet?

Frage 2:

Was ist Wesen des Darlehensvertrages (§ 607 BGB)?

Frage 3:

Was ist Wesen des Dienstvertrages (§ 611 BGB)?

Frage 4:

Gibt es Vertragsarten, die im BGB ausdrücklich nicht geregelt sind?

Frage 5:

Was sind Allgemeine Geschäftsbedingungen?

Frage 6:

Wie werden AGB in einen Vertrag einbezogen?

Frage 7:

Unterliegen die AGB einer inhaltlichen Kontrolle?

Frage 8:

Welche allgemeinen Regelungen zu Leistungsstörungen sind Ihnen bekannt?

Frage 9:

Welche Arten von Unmöglichkeit gibt es?

Frage 10:

Was sind die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges?

Frage 11:

Welche Rechte hat der Käufer einer Sache im Kaufvertragsrecht bei Schlechtleistung?

Frage 12:

Was ist der grundsätzliche Unterschied zwischen vertraglicher Haftung und deliktischer Haftung (wo ist diese geregelt)?

Frage 13:

Nennen Sie den Prüfungsaufbau des § 823 I BGB. Nennen Sie sonstige Rechte.

Frage 14:

Wer ist „Hersteller“ im Sinne des Produkthaftungsgesetzes?

Frage 15:

Ist für einen Anspruch gem. § 1 PHG Verschulden erforderlich?



3.8. Antworten

Antwort 1:

Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer die Herstellung eines Werkes, also die Herbeiführung eines Erfolges. Der Besteller verpflichtet sich zur Entrichtung des Werklohnes.

Antwort 2:

Beim Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber zur Überlassung von Kapital für eine bestimmte Zeit verpflichtet. Der Darlehensnehmer muss nach Ablauf der Nutzungsdauer gleichartiges Kapital (und u.U. Zinsen) zurück erstatten.

Antwort 3:

Beim Dienstvertrag wird der Dienstverpflichtete zur Erbringung von Diensten und der Dienstherr zur Bezahlung eines Entgelts verpflichtet (entscheidender Unterschied zum Werkvertrag: dort wird neben dem Dienst insbesondere der Erfolg geschuldet!)

Antwort 4:

Ja! Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) können die Parteien auch Verträge „sui generis“ (z.B. Leasingvertrag) oder „gemischttypische Verträge“ (z.B. Hotelvertrag) abschließen.

Antwort 5:

AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt (vgl. § 1 AGBG).

Antwort 6:

Grundsätzlich ist ein ausdrücklicher Hinweis nötig. Im Ausnahmefall genügt ein deutlich sichtbarer Aushang mit diesem Hinweis am Ort des Vertragsabschlusses. Der Hinweis hat bei Vertragsschluss zu erfolgen! Darüber hinaus muss der Vertragspartner die Möglichkeit haben, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen.

Antwort 7:

Gem. §§ 11, 10, 9 AGBG (in dieser Reihenfolge!) unterliegen die AGB einer Inhaltskontrolle.

Antwort 8:

Unmöglichkeit, Schuldnerverzug, Gläubigerverzug, Gewährleistung, c.i.c., pVV, Wegfall der Geschäftsgrundlage;

Antwort 9:

Es wird unterschieden „anfängliche subjektive Unmöglichkeit“ (Garantiehaftung, gesetzlich nicht geregelt), „anfängliche objektive Unmöglichkeit“ (§ 306 BGB), „nachträglich subjektive Unmöglichkeit“ und „nachträglich objektive Unmöglichkeit“ (§§ 275, 323 ff. BGB; § 323 BGB bei unverschuldeter Unmöglichkeit, § 324 BGB bei vom Gläubiger verschuldeter Unmöglichkeit, § 325 BGB bei vom Schuldner verschuldeter Unmöglichkeit).

Antwort 10:

Nichtleistung des Schuldners trotz Fälligkeit, Nachholbarkeit und Mahnung des Schuldners, es sei denn, die Mahnung ist entbehrlich (§§ 284, 285 BGB)

Antwort 11:

Sind die Voraussetzungen der §§ 459 ff. BGB gegeben, so hat der Käufer Anspruch auf „Wandelung“, „Minderung“ oder bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft / Arglist des Verkäufers: Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Antwort 12:

Die deliktische Haftung in den §§ 823 ff. BGB setzt im Gegensatz zur vertraglichen Haftung keinen vorher abgeschlossenen Vertrag voraus. Deliktische und vertragliche Haftung stehen aber gleichwertig nebeneinander.

Antwort 13:

Verletzung eines absoluten Rechtsgutes (Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder sonstiges Recht), Verletzungshandlung, durch die kausal ein Schaden entstanden ist, Widerrechtlichkeit, Schuldhaftigkeit (Vorsatz oder Fahrlässigkeit). Sonstige Rechte sind z.B. Hypothek, Grundschuld, Urheberrecht, Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, allgemeines Persönlichkeitsrecht.

Antwort 14:

Hersteller ist gem. § 4 PHG der tatsächliche Hersteller, aber auch derjenige, der durch das Anbringen seines Namens sich als Hersteller ausgibt. Als Hersteller gilt ferner der Importeur. Subsidiär gilt als Hersteller auch der Lieferant.

Antwort 15:

Nein.

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 4: Titel: Sachenrecht

Referent : Prof. Dr. Josef Scherer

Sendetermin: 11.04.2001

Skriptum:

Übersicht:

- 4. Sachenrecht
 - 4.1 Verfügung über das Eigentum
 - 4.1.1 *Übertragungen von Forderungen gem. § 398 BGB*
 - 4.1.2 *Bewegliche Sachen*
 - 4.1.3 *Unbewegliche Sachen*
 - 4.2 Kreditsicherungsrecht/Dingliche Sicherheiten nebst Unwirksamkeitsproblemen
 - 4.2.1 *Eigentumsvorbehalt*
 - 4.2.2 *Sicherungsübereignung*
 - 4.2.3 *Sicherungszeession (=Sicherungsabtretung)*
 - 4.2.4 *Hypothek*
 - 4.2.5 *Grundschild*
 - 4.2.6 *Pfandrechte an beweglichen Sachen und Forderungen*
 - 4.3 Annex: Nicht dingliche Sicherheiten
 - 4.3.1 *Bürgschaft*
 - 4.3.2 *Schuldbeitritt*
 - 4.3.3 *Patronatserklärung*
 - 4.3.4 *Garantievertrag*
 - 4.4 Kontrollfragen
 - 4.5 Antworten

Literaturhinweis:

Danne / Keil, Wirtschaftsprivatrecht I, Cornelsen Verlag, Berlin 2000, S. 206 ff.

Führich, Wirtschaftsprivatrecht, Verlag Vahlen, München 1999, S. 231 ff.

Während das Schuldrecht die Beziehungen zwischen Personen regelt, regelt das Sachenrecht die rechtlichen Beziehungen von Personen zu Sachen. Man spricht in diesem Zusammenhang

insofern auch von „dinglichen Rechten“ im Gegensatz zu den „relativen Rechten“ von Personen untereinander im Bereich des Schuldrechts. Eine andere Bezeichnung für dingliche Rechte ist „absolute Rechte“. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass die Rechte nicht nur zwischen „Schuldner“ und „Gläubiger“ gelten, sondern gegenüber jedermann Wirkung zeitigen.

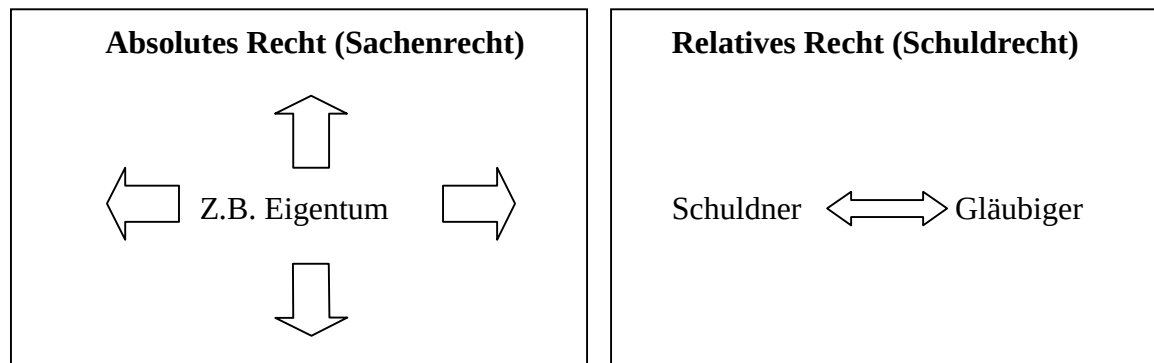
Beispiel: Käufer kauft von Verkäufer einen Computer für 4000 DM. Während das Schuldrecht die Beziehung zwischen K und V behandelt, also das relative Recht des Anspruchs auf



Übereignung des Computers und den Kaufpreisgegenanspruch, befasst sich das Sachenrecht mit der Frage der dinglichen Rechtsbeziehungen („absoluten Rechtsbeziehungen“). Nach dem Sachenrecht bestimmt sich, wer Eigentümer des Computers und des Geldes ist. Das Recht „Eigentum an

Geld bzw. Computer“ ist als absolutes Recht gegenüber jedermann gegen Beeinträchtigungen geschützt.

Übersicht:



Innerhalb des Sachenrechts wird unterschieden zwischen dem Recht der beweglichen Sachen („Mobiliarsachenrecht“) und dem Recht der unbeweglichen Sachen („Immobiliarsachenrecht“). Daneben wird als eigenständiges Rechtsgebiet das „Kreditsicherungsrecht“ angesehen.

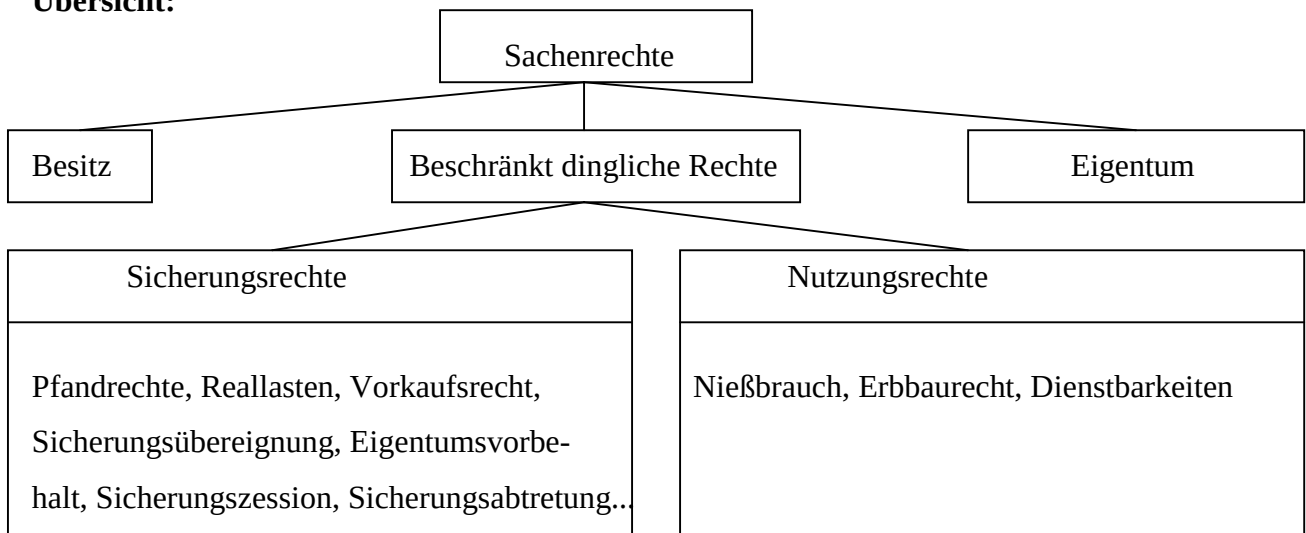
Für die Normierung der Rechtsbeziehungen von Personen zu Sachen bietet das Sachenrecht verschiedene dingliche Rechte an. Das wichtigste Recht an einer Sache ist das „Eigentum“ die „*rechtliche*“ Herrschaftsmacht (§ 903 BGB). Streng hiervon zu unterscheiden ist der „Besitz“, welcher die *tatsächliche* Sachherrschaft beschreibt, die eine Person über eine Sache hat (§ 854 BGB).

Beispiel:

D bestiehlt E. E bleibt Eigentümer des Diebesguts (§ 903 BGB), D ist unmittelbarer Besitzer (§ 854 BGB).

Neben dem Eigentum kennt das Sachenrecht auch „beschränkt dingliche Rechte“. Diese ordnen dem Berechtigten einzelne Befugnisse an einer Sache zu, sind gegenüber dem Vollrecht Eigentum somit ein „rechtliches Minus“. Innerhalb der beschränkt dinglichen Rechte ist wiederum zu unterscheiden zwischen „Nutzungsrechten“ an Sachen (beispielsweise der Nießbrauch gem. § 1030 BGB) und Sicherungsrechten (beispielsweise das Pfandrecht an beweglichen Sachen gem. § 1204 BGB).

Übersicht:



Das Sachenrecht wird von fünf Grundprinzipien geprägt:

→ „Publizität“: Aus dem Transparenzgebot folgt das Erfordernis der Publizität. Hieraus folgt, dass Änderungen der dinglichen Rechtslage äußerlich sichtbar gemacht werden müssen. Bei der Übereignung beweglicher Sachen gem. §§ 929 ff. BGB erfolgt dies beispielsweise durch Übergabe der Sache, d.h. durch Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an der Sache gem. § 854 BGB. Wird ein Grundstück übereignet, muss dies im Grundbuch eingetragen werden (§§ 873, 925 BGB).



→ „Absolutheit“: Wie oben dargestellt, wirken dingliche Rechte nicht nur relativ, sondern gegenüber jedermann - „absolut“.

→ „Spezialität“: Dieser auch „Bestimmtheitsgebot“ genannte Grundsatz dient der Transparenz. Er besagt, dass sich dingliche Rechte und dingliche Rechtsgeschäfte auf einzelne „bestimmte“ Sachen beziehen müssen. Bei der Übertragung von künftigen Forderungen genügt nach allgemeiner Ansicht die „Bestimmbarkeit“.

→ „Typenzwang“ („*numerus clausus* des Sachenrechts“): Während im Schuldrecht die Gestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen grundsätzlich frei ist („Vertragsfreiheit“ gem. § 305 BGB), können dingliche Rechte nur in den vom Gesetz geregelten Fällen und Arten begründet werden.

Beispiel

Will der Verkäufer das Eigentum an der beweglichen Sache (§ 90 BGB) Computer übertragen, so kann er dies nur in den gesetzlich vorgesehenen Formen der §§ 929 – 931 BGB. In der Ausgestaltung des schuldrechtlichen Vertrages sind der Verkäufer und Käufer hingegen völlig frei. Ob sie einen Kauf-, Tausch-, Schenkungsvertrag wählen oder eine völlig neue nicht geregelte Vertragsform „*sui generis*“, ist nach der im Schuldrecht herrschenden Vertragsfreiheit ohne weiteres möglich.

Sinn und Zweck des Typenzwanges liegt in dem Transparenzgebot der Eigentumslage. Da gegenüber jedermann das absolute Recht des Eigentums wirkt, muss es auch jedermann grundsätzlich erkennbar sein, wem das Eigentum zusteht.

→ „Abstraktionsprinzip“: Ein zentraler Punkt ist das Abstraktionsprinzip, welches die dingliche von der schuldrechtlichen Rechtslage unabhängig stellt. Der schuldrechtliche Vertrag bildet den Rechtsgrund für die sachenrechtliche Verfügung, welche jedoch in ihrer Wirksamkeit unabhängig von diesem ist. Ist der schuldrechtliche Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und Käufer wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit (§§ 2, 106 ff. BGB) unwirksam, so kann die Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB dennoch wirksam sein (die Übereignung des Computers an den Käufer bedeutet für diesen einen lediglich rechtlichen Vorteil, § 107 BGB). Ist der schuldrechtliche Vertrag nichtig, der Dingliche jedoch wirksam, so kann der ohne Rechtsgrund („*causa*“) übereignete Gegenstand gem. §§ 812 ff. zurückgefordert werden.

Das Abstraktionsprinzip ist nicht zwingend. In Japan, Griechenland und der Türkei existiert es, in Frankreich und Italien jedoch wird mit Abschluss des Kaufvertrages auch gleichzeitig die Eigentumsübertragung vollzogen.

Tipp: Merken Sie sich die fünf Grundprinzipien mit den Anfangsbuchstaben von **P**ublizität, **A**bstraktion, **S**pezialität, **T**ypenzwang, **A**bsolutheit: „P.A.S.T.A.“!



4.1. Verfügung über das Eigentum

Im Folgenden werden die rechtsgeschäftlichen Verfügungen über das Eigentum näher betrachtet. Neben der Möglichkeit, rechtsgeschäftlich (= durch Vertrag) Eigentum zu erwerben (auch „derivativer“ Erwerb genannt), besteht die Möglichkeit, Eigentum kraft Gesetzes zu erwerben. Hierzu zählen insbesondere die „Ersitzung“ (§ 937 I BGB), Verbindung (§ 946 BGB), Vermischung (§ 948 BGB), Verarbeitung (§ 950 BGB) oder Fund (§§ 965 ff. BGB). Im Folgenden wird auf den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb näher eingegangen.

4.1.1. Übertragungen von Forderungen gem. § 398 BGB

Literaturhinweis:

Führich S. 170 – 174

Das BGB eröffnet dem Inhaber einer Forderung (Gläubiger) die Möglichkeit, diese an einen Dritten abzutreten, so dass dieser Gläubiger der Forderung wird. Dieser Gläubigerwechsel ist nach § 398 BGB nur durch Abtretungsvertrag zwischen altem und neuen Gläubiger möglich. Man spricht hierbei von Zessionsvertrag.

Die Forderungsabtretung ist (wie die Übereignung einer Sache gem. § 929 S. 1 BGB) ein dingliches Verfügungsgeschäft. Insofern ist der Standort des § 398 BGB im Schuldrecht verwirrend und verfehlt.

Schuldrechtlicher Rechtsgrund der dinglichen Forderungsabtretung kann ein (Forderungs-) Kaufvertrag sein (§ 433 I 2 BGB), aber auch ein Sicherungs-



vertrag (§ 305 BGB, Vertrag sui generis) für einen erteilten Kredit oder eine Schenkung (§ 516 BGB).

Die Voraussetzungen einer wirksamen Forderungsabtretung gem. § 398 BGB sind:

- **Einigung** zwischen bisherigem und künftigem Forderungsinhaber iSd. § 398 BGB in der Form, dass die Forderung auf den neuen Gläubiger übergehen soll. Für diese dingliche Einigung gelten die Vorschriften des allgemeinen Teils (§§ 104 ff. BGB). Insbesondere § 145 BGB („Angebot auf Forderungsabtretung“) und § 147 BGB („Annahme der Forderungsabtretung“).
- Die Forderung muss **übertragbar** sein. Dies ist in den Fällen der §§ 399 und 400 BGB (lesen!) nicht gewährleistet.
- Die Forderung muss **bestimmbar** sein (s.o.). Dies ist insbesondere bei der in der Praxis häufig vorkommenden Abtretung künftiger Forderungen problematisch. Folgende Formulierung wurde jedoch in der Praxis akzeptiert: „Es werden sämtliche künftigen Forderungen aus den Kaufverträgen aller Kunden mit den Anfangsbuchstaben A – Z vom 01.09.2001 bis zum 31.12.2001 abgetreten.“(Globalzession)
- Der Forderungsabtretende muss tatsächlich Inhaber der abgetretenen Forderung sein („**Berechtigung**“). Einen gutgläubigen Forderungserwerb gibt es nicht.

Die Übertragung darf die Rechtsstellung des Schuldners nicht verschlechtern. Hierfür sorgt § 404 BGB, welcher besagt, dass der Schuldner dem Neugläubiger alle Einreden und Einwendungen entgegenhalten, die ihm bereits gegen den Altgläubiger zustand (z. B. Einrede der Verjährung). Eine Pflicht, den Schuldner über die Abtretung zu informieren besteht nicht. Unterbleibt eine Information des Schuldners jedoch, so schützen diesen die §§ 406 ff. BGB, wenn der Schuldner beispielsweise in Unkenntnis der Abtretung an den Altgläubiger leistet. Insofern empfiehlt sich eine Unterrichtung des Schuldners.

Der neue Gläubiger übernimmt gem. § 401 BGB mit der neu erworbenen Forderung auch alle damit untrennbar („akzessorischen“) Sicherungsrechte, z.B. Bürgschaften (für die abgetretene Forderung) oder Hypotheken (zur Sicherung der abgetretenen Forderung).

4.1.2. Bewegliche Sachen

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 216 ff.

Führich S. 238 ff.

Wie bereits ausgeführt, erfolgt die Eigentumsübertragung (auch) bei beweglichen Sachen nicht schon mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages, sondern erst durch das abstrakte dingliche Verfügungsgeschäft. Im Falle der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen ist dies in den §§ 929 ff. BGB geregelt. Die einzelnen Erwerbstatbestände unterscheiden sich dadurch, dass der Erwerber eine unterschiedliche Besitzlage vorfindet.



Übersicht:

Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb an beweglichen Sachen			
§ 929 S.1 BGB	§ 929 S.2 BGB	§ 930 BGB	§ 931 BGB
1. Einigung 2. Übergabe	1. Einigung 2. Übergabeersatz dadurch, dass Erwerber bereits im Besitz der Sache ist	1. Einigung 2. Übergabeersatz durch Verein- barung eines Be- sitzmittelungsver- (unm. Besitz bleibt bei Veräußerer)	1. Einigung 2. Übergabeersatz durch Abtretung eines Herausgabe- anspruchs; ein Dritter ist und bleibt unmittelb. Besitzer
3. Einigsein 4. Berechtigung	3. Einigsein 4. Berechtigung	3. Einigsein 4. Berechtigung	3. Einigsein 4. Berechtigung

Im Einzelnen:

Folgendes Prüfungsschema ist im Rahmen des **§ 929 S. 1 BGB** abzuprüfen:

- Einigung iSd. § 929 S.1 BGB
- Übergabe der Sache
- Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe
- Berechtigung des Verfügenden zur Verfügung

Primär ist eine **Einigung** zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber mit dem Inhalt des § 929 S. 1 BGB notwendig. Hierfür sind wiederum die allgemeinen Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 – 185 BGB) anwendbar. Es bedarf also eines Angebots gem. § 145 BGB mit dem Inhalt „*ich biete hiermit die Übereignung des Gegenstandes X an*“ und eine entsprechende Annahmeerklärung gem. § 147 BGB mit dem Inhalt „*ich nehme die Übereignung des Gegenstandes X an*“.



Wie soeben unter den sachenrechtlichen Grundsätzen ausgeführt, muss sich die Einigung auf bestimmte Sachen beziehen („Bestimmtheitsgrundsatz“ / „Spezialitätsprinzip“).

Neben der Einigung ist gemäß dem „Publizitätsgrundsatz“ ein tatsächlicher Akt notwendig, die **Übergabe** der Sache. Unter Übergabe versteht man die Verschaffung der unmittelbaren Sachherrschaft gem. § 854 BGB.



Das Postulat des **Einigseins im Zeitpunkt der Übergabe** ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 929 S. 1 BGB. Oftmals wird es in der Praxis Situationen geben, in denen die Einigung und Übergabe zeitlich auseinander fallen. Für eine wirksame Übereignung muss der Übereignungswille aber noch im Zeitpunkt des Publizitätsaktes fortbestehen. Die Möglichkeit des Widerrufs der Einigung bis zum Zeitpunkt der Übergabe kann aus § 873 II BGB (der Vorschrift für die Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen, s. u.) heraus gelesen werden. Demnach besteht eine *Bindung* an die Einigung *nur*, wenn die Erklärungen notariell beurkundet wurden oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Ein Schluss „e contrario“ besagt demnach, dass in allen anderen Fällen die Einigung frei widerruflich ist bis zur Übergabe. Aus dem gänzlichen Fehlen einer entsprechenden Bindungsregelung bei der Übereignung von beweglichen Sachen schließt man, dass hier der Gesetzgeber von einer steten Widerruflichkeit ausgegangen ist.

Letztes Erfordernis des § 929 S. 1 ist die **Berechtigung** des Verfügenden. Der Regelfall der Berechtigung ist dann gegeben, wenn der Veräußernde Eigentümer der Sache gewesen ist. Eine Berechtigung ist aber auch dann zu bejahen, wenn dem Veräußernden eine „Genehmigung“ (§ 185 BGB) vom Eigentümer zur Eigentumsübertragung erteilt worden ist oder sich der Eigentümer eines Stellvertreters bedient (§ 164 BGB).



Fehlt es an der Berechtigung zur Übereignung, so ist unter den Voraussetzungen der §§ 932 ff. BGB ein „gutgläubiger Erwerb“ möglich. Gutgläubig ist nicht, wem bekannt war oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehörte (§ 932 BGB). Ein gutgläubiger Erwerb ist immer dann ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst „abhanden gekommen“ war (§ 935 I 1 BGB). Unter „abhanden kommen“ versteht man den „unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes“.

Beispiel: A leiht seinem Freund F seinen Organizer. F, der knapp bei Kasse ist, veräußert und übergibt den Organizer an D, gegenüber dem er sich als Eigentümer ausgibt. Wie ist die Eigentumslage?

(1) Ursprünglich war A Eigentümer des Organizers (§ 1006 I BGB).

(2) Durch den (schuldrechtlichen!) Leihvertrag (§ 598 BGB) trat kein Eigentümerwechsel ein. Das Wesen der Leihe besteht darin, dass der Gebrauch der Sache unentgeltlich überlassen wird, eine Eigentumsübertragung ist gerade nicht gewollt.

(3) Es könnte jedoch D Eigentümer gem. § 929 S. 1 BGB geworden sein. Hierzu müssten dessen Voraussetzungen gegeben sein.

Eine Einigung iSd. § 929 S. 1 liegt vor, ebenso die Übergabe durch die Verschaffung der unmittelbaren Sachherrschaft gem. § 854 BGB am Organizer. Im Zeitpunkt der Übergabe waren sich F und D auch über die Eigentumsübertragung einig.

(4) Fraglich ist jedoch, ob der F zur Eigentumsübertragung berechtigt war. Dies ist zu verneinen: F war weder Eigentümer, noch von diesem zur Eigentumsübertragung berechtigt worden (§ 185 BGB). Eine Eigentumsübertragung gem. § 929 S. 1 BGB liegt somit nicht vor.

(5) Es könnte jedoch ein „gutgläubiger Erwerb“ gem. §§ 932 ff. BGB auf Seiten des D vorliegen. Hierzu müssten die Voraussetzungen vorliegen. Gutgläubigkeit auf Seiten des D liegt vor. Fraglich ist jedoch, ob nicht § 935 BGB einem gutgläubigen Erwerb entgegen steht. Ein gutgläubiger Erwerb wäre demnach ausgeschlossen, wenn der Organizer dem A „abhanden gekommen“ wäre. Unter abhanden kommen versteht man den „unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes“. A übergab jedoch freiwillig den unmittelbaren Besitz an F, ein abhanden kommen liegt gerade nicht vor. Somit steht § 935 BGB dem gutgläubigen Erwerb nicht entgegen, D wurde somit Eigentümer des Organizers.

Anmerkung: A kann lediglich von F Schadensersatz (u.a.) aus pVV des Leihvertrages verlangen bzw. Herausgabe des Erlöses gem. § 816 I 1 BGB.

Zu § 929 S. 2 BGB

Ist der Erwerber bereits im unmittelbaren oder mittelbaren Besitz der Sache, so genügt zur Übertragung des Eigentums die bloße Einigung („traditio brevi manu“)

Beispiel:

Hätten sich im obigen Beispiel A und F nach der Entleihe des Organizers darüber geeinigt, dass F Eigentümer desselben werden soll, so hätte es einer Übergabe des Organizers von A an F nicht mehr bedurft, da F ja bereits unmittelbarer Besitzer war.

Der gutgläubige Erwerb beim § 929 S. 2 BGB bestimmt sich nach § 932 BGB (vgl. Danne / Keil S. 218 ff.).

Zu § 930 BGB

Will der Eigentümer im unmittelbaren Besitz der zu veräußernden Sache bleiben, so kann die Übergabe der Sache dadurch ersetzt werden, dass ein „Besitzmittelungsverhältnis“ gem. § 868 BGB vereinbart werden, kraft dessen der Erwerber „mittelbarer Besitzer“ der Sache wird .

Wichtigster Fall des § 930 BGB ist die Sicherungsübereignung (vgl. hierzu im Einzelnen unter 4.2.2.)

Der gutgläubige Erwerb im Rahmen des § 930 BGB bestimmt sich nach § 933 BGB (vgl. Danne / Keil a.a.O.).

Zu § 931 BGB

Ein weiteres Übergabesurrogat regelt § 931 BGB, wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist, gegenüber dem der Eigentümer einen Herausgabeanspruch (z. B. § 556 BGB) hat. In diesem Fall erfolgt die Übereignung durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs gem. § 398 BGB (s. o.) des Eigentümers an den Erwerber.

Der gutgläubige Erwerb im Rahmen des § 931 BGB bestimmt sich nach § 934 BGB (vgl. Danne / Keil a.a.O.).

4.1.3. Unbewegliche Sachen

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 221 f.

Führich S. 242 ff.

Die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erfolgt nach den §§ 873, 925 BGB.

Insofern bietet sich folgendes Prüfungsschema an:

- Einigung gem. § 873 BGB in der Form des § 925
- Eintragung
- Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung (entfällt in den Fällen des § 873 II BGB)
- Berechtigung



Im Einzelnen:

Die **Einigung** als dingliches Verfügungsgeschäft muss mit dem Inhalt des § 873 I BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragspartner vor einer zuständigen Stelle (i. A. der Notar, vgl. § 925 I 1 und 2 BGB) erklärt werden. Diese Einigung, für die wiederum die Vorschriften der §§ 104 – 185 BGB einschlägig sind, heißt bei Grundstücken „Auflassung“ (§ 925 BGB). Von der Auflassung streng zu unterscheiden ist der gem. § 313 S. 1 BGB notariell zu beurkundende Grundstückskaufvertrag (§ 433 BGB, Abstraktionsprinzip!).

Zur Einigung hinzukommen muss der Publizitätsakt der **Eintragung** ins Grundbuch. Die Eintragung erfolgt durch das Grundbuchamt des örtlich zuständigen Amtsgerichts.



Im Zeitpunkt der Eintragung in das Grundbuch muss die Einigung fortbestehen („**Einigsein**“). Da in der Zeit zwischen Kaufvertrag und Eintragung einige Zeit vergehen kann, kann sich der Erwerber eine „Vormerkung“ im Grundbuch eintragen lassen (§ 883 BGB). Die Vormerkung sichert den Anspruch auf Einräumung des Eigentums. Wird nach der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch eine Verfügung über das Grundstück getroffen, so ist diese dem Berechtigten gegenüber (relativ) unwirksam (§ 883 II BGB).

Wie beim Erwerb beweglicher Sachen, so muss auch beim Erwerb unbeweglicher Sachen der Veräußerer zur Eigentumsübertragung **berechtigt** sein. Berechtigung besteht immer dann, wenn der Verfügende Eigentümer des Grundstücks ohne Verfügungsbeschränkung ist, oder er vom tatsächlichen Eigentümer zur Eigentumsübertragung ermächtigt worden ist (§ 185 BGB, Genehmigung). Liegt keine Berechtigung vor, so richtet sich der gutgläubige Erwerb nach § 892 BGB: Ist der Veräußerer nicht Eigentümer, aber im Grundbuch als solcher eingetragen, dann wird zu Gunsten des Erwerbers fingiert, der Veräußerer sei auch Eigentümer des Grundstücks. Wird der Erwerber als neuer Eigentümer in Folge ins Grundbuch eingetragen, verliert der (wahre) Eigentümer seine Rechtsposition.

Zu den weiteren Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs: Danne / Keil S. 221, 222.

4.2. Kreditsicherungsrecht / Dingliche Sicherheiten nebst Unwirksamkeitsproblemen

Die folgenden Seiten befassen sich mit dem Kreditsicherungsrecht, also den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die einem Kreditnehmer (= Sicherungsgeber) offen stehen, um den oder die Kreditgeber (= Sicherungsnehmer) zu sichern. Diesem Gebiet des Sachenrechts kommt im heutigen Wirtschaftsleben erhebliche Bedeutung zu. Neben den bei jedem Unternehmen vorkommenden Darlehensverträgen mit Kreditinstitutionen



werden immer mehr Güter „auf Pump“ gekauft, sei es Konsumgüter des alltäglichen Gebrauchs, PKWs oder Häuser. Darüberhinaus sind auch sonstige Sachverhalte, in denen ein Vertragspartner eine Vorleistung erbringt, ein Anlass, sich durch Kreditsicherheiten abzusichern: Beispielsweise im Falle des Bauhandwerkes, der erst nach Fertigstellung seinen Werklohn erhält. Oder Waren- und Rohstofflieferanten, die nicht gegen Vorkasse liefern. Für die Kreditgeber ist es regelmäßig wichtig, für die gewährten Darlehen Sicherheiten bestellt zu bekommen, auf die sie Zugriff nehmen können, wenn die Rückzahlungen des Kreditnehmers ins Stocken geraten oder dieser gar dem Insolvenzverfahren anheim fällt.

Man **unterscheidet** zunächst **zwischen „persönlichen“ und „dinglichen“ Sicherheiten**. Während die **persönlichen Sicherheiten** (z. B. Bürgschaft gem. § 765 BGB oder Schuldbeitritt oder Patronatserklärung gem. §§ 305, 241 BGB = Vertrag sui generis) dem Gläubiger die **Möglichkeit bieten, auf das gesamte Vermögen des Verpflichteten in Höhe der Verpflichtung Zugriff** zu nehmen, ermöglicht dem Gläubiger eine **dingliche Sicherheit** (z. B. Siche-

rungseigentum gem. §§ 930, 868 BGB) die **Verwertung eines bestimmten Vermögensgegenstandes**.

Übersicht:

<u>Persönliche Sicherheiten:</u>	<u>Dingliche Sicherheiten:</u>
➤ Bürgschaft	➤ Hypothek
➤ Schuldbeitritt	➤ Grundschild
➤ Patronatserklärung	➤ Verpfändung von Sachen und Rechten
➤ Garantieerklärung	➤ Eigentumsvorbehalt
	➤ Sicherungszession
	➤ Sicherungsübereignung

Weiterhin ist zwischen „**akzessorischen**“ und „**nicht – akzessorischen**“ Sicherheiten zu unterscheiden.

„Akzessorische“ Sicherheiten sind abhängig vom Bestand einer zu sichernden Forderung. Kommt die abzusichernde Forderung gar nicht erst zur Entstehung (z. B. wegen Wuchers gem. § 138 BGB) oder erlischt sie später (z. B. wegen Erfüllung, § 398 BGB), so teilt die bestellte Sicherheit dieses Schicksal. Akzessorische Sicherheiten sind beispielsweise die Bürgschaft (§ 765 BGB), die Hypothek (§ 1113 BGB) und das Pfandrecht (§ 1204 BGB). Werden die abzusichernden Forderungen gem. § 398 BGB übertragen, so „folgen“ die akzessorischen Sicherheiten „automatisch“ (§§ 412, 401 BGB).

„Nicht – akzessorische“ Sicherheiten sind hingegen unabhängig von der zu sichernden Forderung. Beispiel für nicht – akzessorische Sicherheiten sind die Grundschild (§§ 1191 ff. BGB) oder die Sicherungsübereignung (§§ 929, 939, 868 BGB).

Hilfreich für das Verständnis der Akzessorietät ist die Vorstellung eines Wanderers mit einem Rucksack: Der Wanderer steht für die Forderung, während der Rucksack die Sicherheit symbolisiert. Bei akzessorischen Sicherheiten kann der Rucksack nur zusammen mit dem Wanderer existieren. Fällt der Wanderer, so fällt mit ihm der Rucksack. Existiert kein Wanderer, so gibt es keinen Träger für den Rucksack.

4.2.1. Eigentumsvorbehalt

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 224

Führich S. 298 ff.

Beispiel: Unternehmer U kauft beim Lieferanten L zehn Schweißgeräte. Den Kaufpreis in Höhe von 9.000 DM soll U in 10 Monatsraten à 920 DM begleichen. Ferner wurde vereinbart, dass sich L das Eigentum an den Geräten bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehält. Wie ist dies rechtlich zu beurteilen?

Bei vielen Kaufgeschäften im Wirtschaftsleben, insbesondere bei Ratenkäufen und bei Handelsgeschäften zwischen Kaufleuten, erfolgen Übergabe der Kaufsache und Bezahlung des Kaufpreises nicht „Zug um Zug“. Üblich sind vielmehr Zielgeschäfte mit mehr oder weniger langen Zahlungsfristen. Typisch etwa ist die Zahlungsvereinbarung „zahlbar innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Ware“. Würde keine besondere Absprache getroffen, so ginge das Eigentum mit Übergabe der Ware über. Da aber die Zahlungswilligkeit des Kunden nicht immer gewiss ist, hat der Lieferant ein Interesse daran, „möglichst lange“ selbst Eigentümer der Ware zu bleiben, auch wenn die Sache bereits übergeben ist. Um dies zu erreichen, bietet sich ein „Eigentumsvorbehalt“ an.

Die vom Lieferanten erwünschte Absicherung erfolgt dadurch, dass die **Einigung** gem. § 929 S. 1 BGB unter die **aufschiebende Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung** (§ 158 I BGB) gestellt wird. Bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises bleibt der Verkäufer der Eigentümer der Sache. Wird die letzte Rate erbracht, so tritt die Bedingung ein und das Eigentum kann ohne weiteres Zutun übergehen.

Schuldrechtlich hat der Eigentumsvorbehalt die Wirkung, dass der Lieferant / Verkäufer ein gesetzliches Rücktrittsrecht eingeräumt bekommt, wenn sich der Käufer im Verzug befindet (§ 455 BGB).

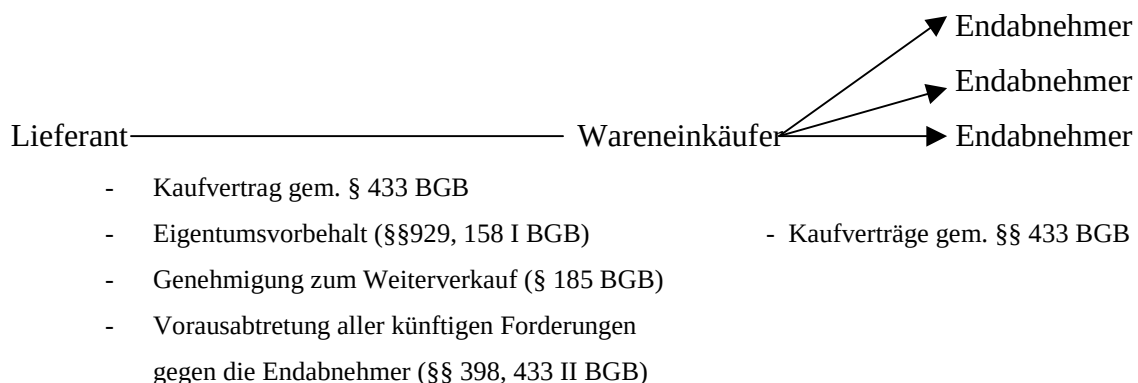
Sachenrechtlich wird beim Eigentumsvorbehalt der unmittelbare Besitz durch Übergabe (§ 854 BGB) sofort übertragen, daneben erhält der Käufer ein „Anwartschaftsrecht“ auf das künftige Eigentum. Das Anwartschaftsrecht ist „wesensgleiches Minus“ zum Volleigentum. Zwar ist der Käufer bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises gerade noch nicht Volleigen-

tümer der Sache, der Verkäufer kann den Eigentumserwerb des Käufers aber auch nicht mehr einseitig verhindern. Anderweitige Verfügungen des Verkäufers sind nach § 161 I BGB unwirksam. Das Anwartschaftsrecht wird wie Eigentum übertragen (z.B. nach § 929 S. 1 BGB) und wie Eigentum geschützt (z.B. Herausgabeanspruch entsprechend § 985 BGB).

Im Beispiel ist der eben beschriebene Eigentumsvorbehalt vereinbart worden. Die endgültige Übereignung steht unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung. Der Erwerb des Eigentums auf Seiten von U kann von L nicht mehr einseitig verhindert werden. Zahlt U pünktlich die Raten, so erstarkt das Anwartschaftsrecht an den Schweißgeräten im Zeitpunkt der letzten Ratenzahlung zum Vollrecht Eigentum.

Solange der Erwerber der unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Sache noch nicht Eigentümer ist, hat er grundsätzlich auch nicht die Berechtigung, die Sache zu veräußern. Dies kann wie oben (unter 4.1.2. und 4.1.3.) dargestellt, nur der Eigentümer oder der hierzu vom Eigentümer Ermächtigte (§ 185 BGB). Es besteht jedoch im Wirtschaftsleben häufig ein Bedürfnis dafür, dass der Wareneinkäufer diese verarbeiten und weiterverkaufen kann, um Mittel für die Bezahlung des Lieferanten zu bekommen. Hier hilft ein „**verlängerter**“ Eigentumsvorbehalt, der an Stelle des verlorenen Eigentums andere Sicherheiten bietet. Der Wareneinkäufer wird ermächtigt, die Waren (u.U. nach Verarbeitung gem. § 950 BGB) an die Endabnehmer weiterzuveräußern. Gleichzeitig wird zwischen Lieferant und Wareneinkäufer eine Vorausabtretung der Forderungen gegen die Endabnehmer vereinbart (§ 398 BGB), die aus dem Verkauf der Vorbehaltsware entstehen (Sicherungsabtretung). Der Wareneinkäufer wird regelmäßig ermächtigt, die Forderungen für den Lieferanten einzuziehen; den erzielten Kaufpreis leitet er dann an diesen weiter.

Übersicht: Verlängerter Eigentumsvorbehalt



Unwirksamkeitsprobleme beim Eigentumsvorbehalt:

Eine Variante des erweiterten Eigentumsvorbehalts wäre der früher in der Praxis geläufige **Konzernvorbehalt**, also eine Bedingung, dass das Eigentum erst übergeben soll, wenn sämtliche offene Forderungen gegenüber dem Käuferunternehmen, oder einem anderen, dem gleichen Konzern zugehörigen Unternehmens, getilgt sind. Dieser Konzernvorbehalt ist seit 01.1.1999 jedoch **nicht mehr zulässig**. Eine solche Vorbehaltsvereinbarung wäre damit **unwirksam**.

Als weiteres Unwirksamkeitsproblem zu nennen wäre noch die Möglichkeit, dass der Eigentumsvorbehalt, insbesondere der verlängerte Eigentumsvorbehalt aufgrund einer **Übersicherung** unwirksam ist: Wenn beispielsweise der Vorbehaltsverkäufer im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts sich sämtliche Kundenforderungen aus der Weiterveräußerung abtreten lässt, **ohne die Höhe entsprechend dem Wert der gelieferten Materialien zu beschränken**, so könnte wie auch bei sonstigen Sicherungszessionen eine Übersicherung vorliegen. Der Bundesgerichtshof hat sich diesbezüglich jedoch nicht immer einheitlich geäußert.

Wenn ein Rohstofflieferant mit dem Unternehmer einen verlängerten Eigentumsvorbehalt, also auch die Abtretung der aus der Weiterveräußerung der Ware entstehenden Kundenforderung vereinbart hat und zugleich die Hausbank sich diese Kundenforderungen zur Absicherung ihrer Darlehen im Rahmen einer Globalzession hat abtreten lassen, besteht ein weiteres

Problem:

Da eine Forderung nur einmal abgetreten werden kann und ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich ist stellt sich die Frage, wem denn bei dieser Kollision letztendlich die Forderungen zustehen?

Dies wiederum hängt davon ab, was zeitlich zuerst vereinbart wurde, es gilt also hier der **Prioritätsgrundsatz**. Wurde der verlängerte Eigentumsvorbehalt zuerst vereinbart, so hat die Bank im Rahmen der Globalzession eben die vom verlängerten Eigentumsvorbehalt getroffenen Forderungen nicht erworben.

Hat dagegen die Bank zeitlich zuerst die Globalzession mit dem Unternehmer vereinbart, so wäre die Globalzession an sich vorrangig. Gleichwohl ist noch zu prüfen, ob diese Globalzession nicht wegen Verleitung zum Vertragsbruch selbst sittenwidrig und damit insgesamt unwirksam ist.

4.2.2. Sicherungsübereignung

Literaturhinweis:

Führich S. 303 ff.

Beispiel:

Unternehmer U möchte auf seinem Firmengelände eine neue Lagerhalle errichten. Hierzu benötigt er einen Kredit in Höhe von 1,2 mio. DM. Die B-Bank ist bereit, den Kredit zu gewähren, verlangt jedoch von U Sicherheiten. U bietet als Sicherheit seinen Fuhrpark im Wert von 1,25 mio. DM an. Er hat jedoch ein großes Interesse daran, den Fuhrpark weiterhin zu nutzen. Ist dies möglich?



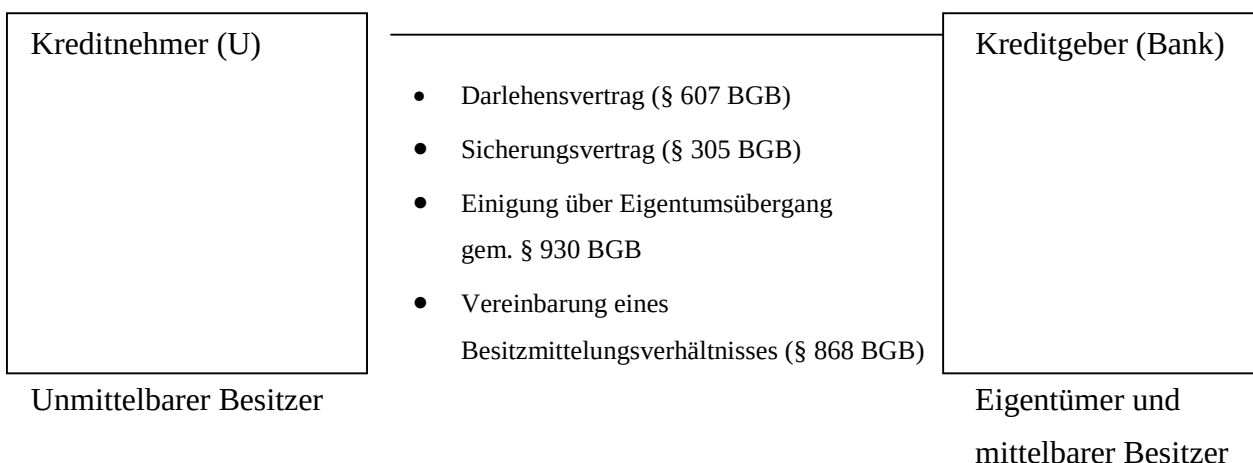
Will der Eigentümer einer beweglichen Sache diese veräußern, aber weiterhin den unmittelbaren Besitz behalten, so kann er nach § 930 BGB mit dem neuen Eigentümer statt der Übergabe gem. § 854 BGB ein Besitzmittelungsverhältnis gem. § 868 BGB vereinbaren (s.o. unter 4.1.2.). Hauptanwendungsgebiet des Besitzmittelungsverhältnisses ist die Sicherungsübereignung. Sie ist aus dem Bedürfnis der Wirtschaftsunternehmen entstanden, Kredite durch Sicherheitsleistung in Form beweglicher Sachen aus dem Betriebsvermögen zu erlangen, die nicht als Pfand an den Kreditgeber übergeben werden können, weil sie für die Betriebsführung unentbehrlich sind (z. B. das Warenlager oder der Fuhrpark) und der Kreditgeber kein Interesse daran hat, für die Lagerung aufzukommen.

Nach Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung hat der Darlehensgeber das Recht, die Sache vom Darlehensnehmer heraus zu verlangen und sie entsprechend den zwischen ihnen

getroffenen Vereinbarung des zu Grunde liegenden Sicherungsvertrages zu verwerten. Der Sicherungsnehmer (hier: die Bank) wird also Volleigentümer des Sicherungsgutes, ist aber schuldrechtlich durch den Sicherungsvertrag gebunden. Im Falle der Insolvenz des Kreditnehmers hat der Sicherungsnehmer im Übrigen ein Absonderungsrecht gem. § 51 Nr. 1 Insolvenzordnung (InsO).

Im Beispielsfall empfiehlt es sich also für U, mit der B-Bank eine Sicherungsübereignung zu vereinbaren. Hierzu bedarf es zunächst eines (schuldrechtlichen) Sicherungsvertrages, welcher die Verwertungsbefugnis der B im Falle der Kreditfälligkeit und der Nichtrückzahlung regelt, sowie den Rückgabeanspruch von U für den Fall, dass er den Kredit vollständig getilgt hat. Daneben ist eine Sicherungsübereignung gem. §§ 930, 868 BGB zu vereinbaren. Elemente der Sicherungsübereignung sind eine „Einigung“ über den Übergang des Eigentums an den (genau zu bezeichnenden) Fahrzeugen. Weiter bedarf es einer Vereinbarung eines „Übergabesurrogates“ gem. §§ 930, 868 BGB. „Einigsein“ im Zeitpunkt des Übergabesurrogates und „Berechtigung“ des U zur Eigentumsübertragung müssen selbstverständlich ebenfalls gegeben sein.

Übersicht: Rechtsbeziehungen bei der Sicherungsübereignung





Unwirksamkeitsprobleme bei Sicherungsübereignungen:

Bei der Sicherungsübereignung ist hinsichtlich Unwirksamkeitsproblemen zum einen an den **Verstoß gegen den Bestimmtheits- oder auch Spezialitätsgrundsatz** zu denken, aber auch an das Problem der **Übersicherung**.

Zunächst zum **Bestimmtheitsgrundsatz**: Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass bei Übereignungen klar erkennbar ist, **auf welche Sachen** sich die Übereignung bezieht. Es kann also beispielsweise nicht das „halbe Warenlager“ übereignet werden. Dem Bestimmtheitsgrundsatz ist natürlich genügt, wenn die einzelnen Gegenstände, die übereignet werden sollen, dezidiert aufgeführt sind, beispielsweise aufgrund einer Inventurliste.

Probleme können sich ergeben, **wenn** ganze **Sachgesamtheiten** übereignet werden, wie beispielsweise angesprochen der gesamte Fuhrpark oder ein gemischtes Warenlager oder ein Warenlager mit ständig wechselnden Bestand. Es muss klar und eindeutig sein, auf welche einzelnen Gegenstände aus der Sachgesamtheit sich die Übereignung beziehen soll.

Der Bundesgerichtshof stellt hierbei strenge Anforderungen. Es muss für jeden Außenstehenden, der die Parteiabreden durchliest, ohne weiteres erkennbar sein, welche bestimmten Sachen übereignet werden sollten. Die Wirtschaftspraxis hat hier zwei vom Bundesgerichtshof anerkannte Abgrenzungsmethoden entwickelt: Zum einen **Markierungsverträge**, wo die zu übereigneten Gegenstände speziell markiert oder durch die Angabe spezieller Merkmale genau umschrieben werden. Die andere Möglichkeit besteht in der Vereinbarung eines sogenannten **Raumsicherungsvertrages**. Bei diesem Raumsicherungsübereignungsvertrag werden alle Gegenstände übereignet, die sich in diesem speziell bezeichneten Raum befinden. Dabei ist darauf zu achten, dass sich wirklich nur Gegenstände in dem Raum befinden, die auch wirklich übereignet werden sollen.

Ist aufgrund der Abfassung des Sicherungsübereignungsvertrages wegen des Verstosses gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nicht erkennbar, welche Stücke übereignet werden sollten und welche nicht, schlägt die Übereignung fehl.

Das heißt, dass der Sicherheitennehmer die Sicherheit gar nicht bekommen hätte und im Zweifelsfall die Gegenstände nicht verwerten dürfte.

Ein ebenso häufig vorkommendes Problem ist die **Übersicherung**.

Übersicherung heißt, dass sich der Darlehensgeber zur Absicherung der Darlehensschuld Sicherheiten gewähren lässt, die den Wert des Darlehens in hohem Maße übersteigen. Dabei ist eine **ursprüngliche Übersicherung**, also eine Übersicherung, die bereits bei Vertragschluss vorliegt, unwirksam. Diese wird nämlich als **sittenwidrig** angesehen.

Bei der Sicherungsübereignung von **Sicherheiten, die im Bestand ständig wechseln**, wie beispielsweise das Warenlager oder Vorräte oder auch Fuhrpark besteht auch die Möglichkeit einer sogenannten **nachträglichen Übersicherung**.

Nachträglich heißt, dass zwar zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Sicherungsvertrages keine unangemessene Übersicherung vorlag, jedoch aufgrund beispielsweise des Zuwachses des Warenlagers oder des Abbaus der gesicherten Forderung im nachhinein eine Übersicherungssituation entstand.

Man nennt diese Sicherheiten mit wechselndem Wert auch „**revolvierende Sicherheiten**“. Diesbezüglich hat der **Große Senat des Bundesgerichtshofs** entschieden, dass eine nachträgliche Übersicherung nicht mehr zur Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages führt. Vielmehr hat hier der Sicherheitengeber gegen den Sicherungsnehmer, beispielsweise die Bank, einen **Freigabeanspruch**. Er kann also die Herausgabe von nicht benötigten Sicherheiten verlangen.

4.2.3. Sicherungszession (= Sicherungsabtretung)

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 232 f.

Führich S. 304

Die Sicherungszession hat insbesondere bei der „Globalzession“ (Abtretung aller bestehenden und künftigen Forderungen, oft im Zusammenhang mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt, s.o. 4.2.1.) praktische Bedeutung. Gegenüber der Verpfändung von Forderungen hat die Sicherungszession den Vorteil, dass eine Mitteilung an den Schuldner unterbleiben kann. Die Bestellung eines Pfandrechts ist hingegen gem. § 1280 BGB anzuzeigen.

Die Sicherungszession ist der Sicherungsübereignung sehr ähnlich. Wiederum liegt ein Sicherungsvertrag (§ 305 BGB) zu Grunde, in dem Gläubiger (Zessionar) und Schuldner (Zedent) ihre Rechte und Pflichten vereinbaren. Insbesondere wird regelmäßig die Verpflichtung des Gläubigers vereinbart, von dem übertragenen Recht nur zum Zwecke der Verwertung bei Nichterfüllung der gesicherten Forderung Gebrauch zu machen. Der Gläubiger verpflichtet sich zur Zurückübertragung der Forderungen auf den Schuldner, sobald seine Ansprüche erfüllt sind, wegen denen die Sicherungszession vereinbart worden ist. Neben bestehenden Forderungen ist auch die Abtretung künftiger Forderungen möglich, vorausgesetzt die „Bestimmbarkeit“ ist gewährleistet. Das ist gewährleistet, wenn im Zeitpunkt der Abtretung der Entstehungsgrund der Forderung und der Umfang der erfassten Forderung feststehen. Nicht feststehen muss die genaue Höhe der Forderungen.

Beispiel:

Eine Abtretung mit dem Inhalt „Hiermit trete ich alle künftigen Forderungen an X ab“ ist zu unbestimmt. Bestimmbarkeit liegt jedoch im folgenden Fall vor: „Hiermit trete ich alle künftigen Forderungen gegen meine Schuldner mit den Anfangsbuchstaben A – Z aus dem Zeitraum vom 1.1.2003 bis zum 31.12.2003 an X ab.“

Unwirksamkeitsprobleme bei Sicherungszessionen:

Bei der **Sicherungszession** oder auch Sicherungsforderungsabtretung werden nicht Sachen zur Sicherheit übereignet. Vielmehr werden Forderungen, beispielsweise Kundenforderungen des Unternehmers, an die Bank zur Absicherung eines Darlehens übertragen.

Die Konstellation ist ähnlich wie bei der Sicherungsübereignung. Auch hier besteht zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber eine Forderung, die abgesichert werden soll. Statt beweglichen Sachen dienen hier die Kundenforderungen des Kreditnehmers als Sicherheit. Der Kreditnehmer überträgt diese Forderungen an den Kreditgeber, also an die Bank.

Aufgrund eines **Sicherungsvertrages** darf die Bank diese Forderungen nur verwerten, wenn der **Sicherungsfall** eingetreten ist, also der Unternehmer die Darlehen nicht zurückzahlen kann.

Auch hier bestehen wieder Probleme bezüglich der Wirksamkeit eines solchen Sicherungsvertrages:

Wie bei der Sicherungsübereignung ist auch hier an eine **Übersicherung** zu denken, wobei die gleichen Grundsätze wie vorher dargelegt gelten: Die **ursprüngliche Übersicherung** führt zur Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit.

Bei der **nachträglichen Übersicherung** besteht nur ein Freigabeanspruch des Sicherungsgbers.

Zur Nichtigkeit des Sicherungsvertrages kann jedoch auch die Sittenwidrigkeit wegen **Verleitung zum Vertragsbruch** führen.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass in **Branchen**, in denen es **üblich** ist, dass die Lieferanten sich zur Absicherung ihrer Waren- oder Rohstofflieferungen ebenfalls Kundenforderungen des Unternehmers abtreten lassen, die Bank sittenwidrig handelt, wenn sie sich sämtliche dieser Kundenforderungen vom Unternehmer abtreten lässt. Da die Abtretung von Forderungen nur einmal möglich ist, kommt der Unternehmer in eine Bredouille:

Hat er seine jetzigen und künftigen Kundenforderungen bereits der Bank zur Absicherung von Darlehen abgetreten, so könnte er den Waren- und Rohstofflieferanten keine Sicherheiten in Form von abtretbaren Kundenforderungen mehr geben. Ohne Sicherheiten besteht jedoch die Gefahr, dass er auch keine Waren oder Rohstoffe von seinen Zulieferern bekommt. Deshalb kann es sein, dass er ihnen gegenüber die vorherige Abtretung an die Bank verschweigt und damit vertragsbrüchig ist, weil er eine nicht mehr existierende Sicherheit vortäuscht.

4.2.4. Hypothek

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 230, 231

Führich S. 301 f.



Die Hypothekenregeln finden sich in den §§ 1113 ff. BGB, welche nicht nur äußerst umfangreich, sondern auch aufgrund der hohen Abstraktionsstufe schwer zu verstehen sind. Wichtig ist jedoch unabhängig von den gesetzlichen Vorschriften, zunächst das Wesen der Hypothek zu verstehen.

Unter Hypothek versteht man die Belastung eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Hypothek bestellt worden ist, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderungen aus dem Grundstück zu zahlen ist. In Entstehung und Bestand ist die Hypothek zwingend abhängig (akzessorisch) von der zu Grunde liegenden Forderung. Die Hypothek erlischt insbesondere durch Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück bzw. dessen Zubehör (durch Zwangsvollstreckung).

Der Ersterwerb einer Hypothek ist mit folgendem Prüfungsschema abzuhandeln:

- Bestand der zu sichernden Geldleistungsforderung (z.B. § 607 BGB – wirksamer Darlehensvertrag)
- Einigung gem. §§ 873 I iVm. §§ 1113 ff. BGB
- Publizitätsakt „Eintragung ins Grundbuch“ gem. § 1115 BGB bei Buchhypothek oder Briefübergabe gem. § 1117 I BGB oder Briefübergabesurrogat gem. § 1117 II BGB bei Briefhypothek
- Einigsein im Zeitpunkt des Publizitätsaktes
- Berechtigung

Das belastete Grundstück haftet somit für die gesicherte Forderung in der Weise, dass der Grundstückseigentümer die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung dulden muss (§ 1147 BGB).

Der gesetzliche Regelfall ist die „Briefhypothek“. Bei dieser wird für die Hypothek ein Hypothekenbrief erteilt (§ 1116 I BGB). Dieser gibt Auskunft über das Bestehen des Hypothe-

kenrechts und erhöht damit die Verkehrsfähigkeit (Übertragbarkeit) der Hypothek. Zur Geltendmachung der Hypothek ist besagter Brief vorzulegen (§§ 1160, 1161 BGB).

Neben dem Regelfall der Briefhypothek kennt das deutsche Recht die „Buchhypothek“, die „Verkehrshypothek“, die „Sicherungshypothek“, die „Höchstbetragshypothek“, die „Einzelhypothek“, die „Gesamthypothek“, die „Tilgungshypothek“ und „Eigentümerhypothek“. Im einzelnen hierzu Danne / Keil S. 230, 231.

4.2.5. Grundschuld

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 231 f.

Führich S. 302 f.

Ganz ähnlich der Hypothek ist die in den §§ 1191 ff. BGB geregelte Grundschuld. Die Vergleichbarkeit mit der Hypothek zeigt sich aus dem Verweis des § 1192 I BGB auf die Vorschriften der Hypothek. Ausgenommen sind die Hypothekvorschriften, die sich auf der strengen Akzessorietät zwischen Forderung und Hypothek begründen. Hierin liegt nämlich der Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Letztere ist nicht – akzessorisch, d. h. in Entstehung und Bestand unabhängig von der zu Grunde liegenden Forderung. Dadurch ist sie für den Gläubiger attraktiver. Gleichwohl wird in der Praxis die Grundschuld häufig als „Sicherungsgrundschuld“ bestellt. Diese ist eine „normale“ Grundschuld, bei der zwischen Forderung und Grundschuld durch einen zusätzlichen schuldrechtlichen Sicherungsvertrag zwischen Eigentümer und Gläubiger eine Verknüpfung hergestellt wird, die faktisch der Akzessorietät der Hypothek gleich kommt. Der Gläubiger darf also nur entsprechend dem Sicherungsvertrag von der Grundschuld Gebrauch machen.

Die Grundschuld kann als Brief- oder Buchgrundschuld bestellt werden. Sie kann auch durch den Grundstückseigentümer selbst für sich als „Eigentümergrundschuld“ bestellt werden; hierdurch sichert sich dieser die günstige Rangstelle im Grundbuch.

Die Prüfung des Ersterwerbs einer Grundschuld folgt dem Schema:

- Einigung über die Grundbuchbestellung gem. § 873 I iVm. § 1191
- Publizitätsakt „Eintragung ins Grundbuch“ gem. §§ 1192 I, 1115 BGB bei Buchhypothek oder Briefübergabe gem. §§ 1192 I, 1117 I BGB oder Briefübergabesurrogat gem. §§ 1192 I, 1117 II BGB bei Briefhypothek
- Einigsein im Zeitpunkt des Publizitätsaktes
- Berechtigung
- (Bestand der zu Grunde liegenden Forderung ist hier gerade *nicht* erforderlich)

4.2.6. Pfandrechte an beweglichen Sachen und Forderungen

Im Folgenden soll kurz auf die Pfandrechte eingegangen werden. Das Pfandrecht ist ein beschränkt dingliches Recht, das zur Sicherung einer Forderung in der Weise bestellt wird, dass dem Gläubiger das Recht eingeräumt wird, Befriedigung aus der Sache zu suchen (§ 1204 BGB). Das Pfandrecht ein akzessorisches Sicherungsmittel. Der Bestand und die Durchsetzung des Pfandrechts ist also immer vom „Schicksal“ der gesicherten Forderung abhängig.

Bei den Pfandrechten sind insbesondere folgende Arten zu unterscheiden:

→ Zum einen nach dem Gegenstand des Pfandrechts. Pfandrechte können bestehen an beweglichen Sachen (§§ 1204 ff. BGB) oder an Rechten (§ 1274 ff. BGB). Eine eigene Kategorie bilden noch die Grundpfandrechte.

→ Zum anderen kann nach der Art der Pfandrechtsbegründung unterschieden werden. Sie können rechtsgeschäftlich begründet werden (§§ 1204 ff. BGB) oder gesetzlich. Beispiele für gesetzliche Pfandrechte sind das Pfandrecht des Gastwirts (§ 704 BGB), das Vermieterpfandrecht (§ 559 BGB) und das Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB). Auf die genannten gesetzlichen Pfandrechte finden gem. § 1257 BGB die Vorschriften für die rechtsgeschäftlichen Pfandrechte weitgehende Anwendung.

Das Entstehen eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts an einer beweglichen Sache ist folgendermaßen abzu prüfen:

- Bestand der zu sichernden Forderung (z. B. Darlehen gem. § 607 BGB)
- Einigung über Entstehen des Pfandrechts gem. § 1205 I BGB
- Publizitätsakt der Übergabe der verpfändeten Sache an den Pfandrechtsgläubiger (§ 1205 I, II, 1206 BGB)
- Einigsein im Zeitpunkt des Publizitätsaktes
- Berechtigung

Insbesondere die Übergabe der Pfandsache hat in der Praxis zur weitgehenden Verdrängung der Pfandrechte an Sachen durch die Sicherungsübereignung (4.2.2.) geführt. Dadurch, dass der Pfandgläubiger unmittelbarer Besitzer wird, hat dieser für die ordnungsgemäße Lagerung und u. U. Pflege zu sorgen und der Verpfänder kann die Sache nicht wirtschaftlich nutzen. Das Pfandrecht geht mit der Übertragung der gesicherten Forderung gem. § 398 BGB auf einen neuen Gläubiger über (§§ 1250, 401 BGB). Es erlischt insbesondere durch das Erlöschen der Forderung (§ 1252 BGB), durch Aufhebung (§ 1255 BGB) oder Rückgabe (§ 1253 BGB). Die Verwertung gepfändeter Gegenstände erfolgt durch deren Verkauf (§ 1228 BGB) oder öffentliche Versteigerung (§ 1235 BGB). Der Erlös aus Verkauf oder Versteigerung dient dann der Befriedigung des Gläubigers.

Auch an Forderungen des Schuldners gegenüber einem Dritten kann ein Pfandrecht bestellt werden. Die Pfandrechtsbestellung an einer Forderung richtet sich gem. § 1274 I BGB nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften (= §§ 398 ff. BGB). Neben den vorrangigen Spezialvorschriften für das Pfandrecht an Forderungen gem. §§ 1274 – 1296 BGB gelten die Vorschriften über die Verpfändung beweglicher Sachen (mit Ausnahmen) entsprechend (§ 1273 II BGB).

Als Prüfungsschema für die Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung empfiehlt sich:

- Bestand der zu sichernden Forderung
- Wirksame Einigung gem. §§ 398, 1274 I 1 BGB
- Kein Ausschluss der Verpfändbarkeit gem. § 1274 II iVm. §§ 399, 400 BGB

- Berechtigung des Schuldners zur Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung, d.h. er muss wiederum Inhaber einer Forderung gegen einen Dritten sein.
- Publizitätsakt der Anzeige gem. § 1280 BGB

4.3. Annex: Nicht dingliche Sicherheiten

4.3.1. Bürgschaft

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 177 f.

Führich S. 295 ff.

Die Bürgschaft (§ 765 BGB) ist ein einseitig verpflichtender Vertrag. Mit dem Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der „Bürge“ gegenüber dem „Gläubiger“ einer Forderung gegen einen Dritten (genannt „Hauptschuldner“), für besagte Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen. Der Bürge übernimmt somit die Pflicht, im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners selbst zu zahlen.

Wegen der weitreichenden Folgen besteht gem. § 766 S. 1 BGB das Schriftformerfordernis (beachte jedoch die Heilung des Formmangels im Falle freiwilliger Erfüllung, § 766 S. 2 BGB). Das Bürgschaftsversprechen eines Kaufmanns ist formfrei (§ 350 HGB).

Die Bürgschaft ist akzessorisch zur gesicherten Forderung. Der Bürge kann dem Gläubiger zunächst Einwendungen und Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag selbst entgegenhalten. Darüber hinaus kann er auch die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen (§ 768 BGB). Der Bürge kann weiter die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern, wie dem Hauptschuldner ein Anfechtungsrecht des verbürgten Rechtsgeschäfts zusteht (§ 770 I BGB), dem Gläubiger die Aufrechnungsmöglichkeit gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners zusteht (§ 770 II BGB) oder der Gläubiger nicht vorher die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht hat (Einrede der Vorausklage, § 771 BGB).

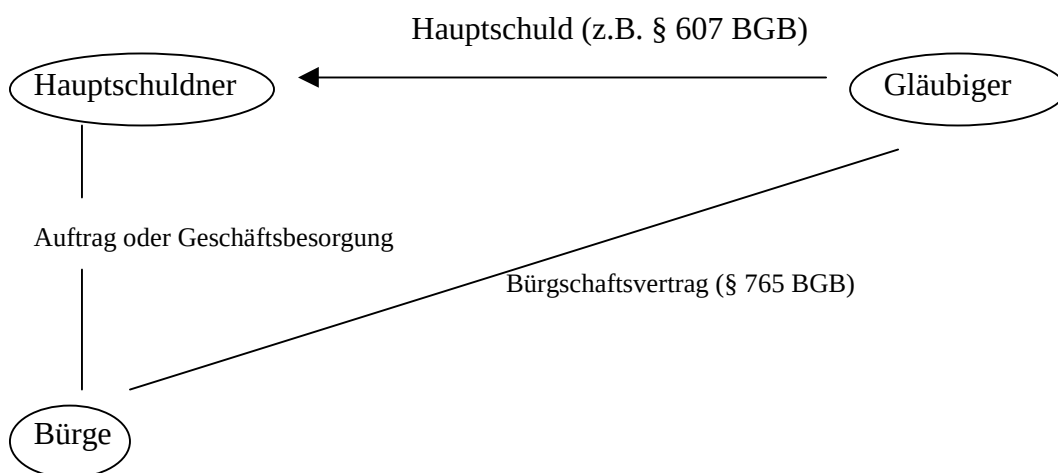
In der Praxis haben sich verschiedene Spielarten der Bürgschaft durchgesetzt, insbesondere:

→ die eben erwähnte selbstschuldnerische Bürgschaft (§§ 771, 772, 773 Nr. 1 BGB): Hier kann der Gläubiger ohne vorherigen Zwangsvollstreckungsversuch sofort gegen den Bürgen vorgehen.

→ die Ausfallbürgschaft (§ 771 BGB): Hier haftet der Bürge nur für den Betrag, der nicht durch Zwangsvollstreckung oder Verwertung anderer Sicherheiten beim Hauptschuldner eingetrieben werden konnte.

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner samt aller Sicherungsrechte kraft Gesetzes auf ihn über (vgl. §§ 714, 412, 401 BGB). Der Bürge kann dann in Folge dessen beim Hauptschuldner in der Höhe seiner Inanspruchnahme Rückgriff nehmen, was bei dem zumeist finanziell wenig potenten Hauptschuldner oft erfolglos bleibt.

Übersicht: Bürgschaft



Unwirksamkeitsprobleme bei Bürgschaften:

Bei der Bürgschaft wäre zunächst die Problematik der **Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger** zu nennen.

Häufig kommt es vor, dass Eltern **finanziell noch unselbständige Kinder** veranlassen, eine ihre Leistungsfähigkeit übersteigende Bürgschaft zu übernehmen, um für ihr Unternehmen ein Darlehen absichern zu können. Ebenso ergibt sich die Problematik bei der **Verbürgung durch den Ehegatten**.

Diese **familiären Bindungen** zu dem Hauptschuldner beeinträchtigen oft aufgrund eines **moralischen Drucks** die eigenen Entscheidungsfreiheit. Wenn dann aufgrund dieser moralischen Verpflichtung ein **außergewöhnlich hohes Haftungsrisiko in Anbetracht der bescheidenen, eigenen, wirtschaftlichen Verhältnisse** übernommen wird und die Absehbarkeit einer **lebenslangen Beschwer durch die Schuldenlast** für den Bürgen besteht, kann unter Umständen **Sittenwidrigkeit** und damit Nichtigkeit der Bürgschaftserklärung angenommen werden.

Als weitere Unwirksamkeitsproblematik bei Bürgschaften wäre noch die „**Anlassrechtsprechung**“ des Bundesgerichtshofs zu erwähnen: Sichert beispielsweise eine Person, die nicht Geschäftsführer des darlehensnehmenden Unternehmens ist, ein Darlehen durch eine Bürgschaft ab, die „für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners“ gelten soll, so ist hinsichtlich des Teils „künftige Verbindlichkeiten“ die Bürgschaft unwirksam, da dieser Teil nicht Anlass für die Übernahme der Bürgschaft war.

Eine Bürgschaftserklärung kann unter Umständen auch unwirksam sein, weil sie gegen die Bestimmungen des **Haustürwiderrufgesetzes** oder des **Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen** verstößt. Auch das **Verbraucherkreditgesetz** kann ein Wirksamkeitshindernis für Bürgschaftserklärungen darstellen.

4.3.2. Schuldbeitritt

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 178

In der Praxis weit verbreitet ist der Schuldbeitritt (Vertrag „sui generis“, § 305 BGB). Mit dem Schuldbeitritt verpflichtet sich eine weitere Person, neben dem Schuldner für dessen Schuld einzustehen. Der Gläubiger hat dann die Wahl, gegen den ursprünglichen Alleinschuldner vorzugehen, oder gegen den selbstständig daneben haftenden Schuldbeitretenden. Zwischen beiden Schuldnern besteht ein „Gesamtschuldverhältnis“ (§ 421 BGB), d.h. jeder haftet aufs Ganze, nicht nur anteilmäßig. Im Gegensatz zur Bürgschaft ist der Schuldbeitritt formlos wirksam. Allerdings bedarf der Schuldbeitritt eines „Verbrauchers“ zu einem Kreditvertrag nach der Rechtsprechung der Schrift-



form (in entsprechender Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes). Der Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt besteht darin, dass letzterer nicht-akzessorisch ist.

4.3.3. Patronatserklärung

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 179



In einer Patronatserklärung verspricht meist (aber nicht nur) die Muttergesellschaft im Rahmen eines Konzerns gegenüber dem Gläubiger einer Tochter- oder Enkelgesellschaft ein bestimmtes Verhalten, das die Aussicht auf die Vertragserfüllung durch den Schuldner, z.B. auf Rückzahlung eines Darlehens, verbessert. Der Inhalt des Versprechens kann von einer unverbindlichen goodwill-Erklärung („weiche Patronatserklärung“) bis zu einer rechtlichen Verpflichtung garantieähnlicher Art oder zur Schadensersatzleistung wegen Nichterfüllung der gesicherten Forderung reichen („harte Patronatserklärung“). Im Falle einer harten Patronatserklärung haftet bei Insolvenz des Schuldners der Patron neben diesem als Gesamtschuldner. Aus einer weichen Patronatserklärung lassen sich mangels Rechtsbindungswillen vertragliche oder vertragsähnliche Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche nicht herleiten. Welche von beiden Patronatserklärungen vorliegt, ist mangels einer ausdrücklichen Regelung in der Erklärung durch Auslegung anhand des objektiven Empfängerhorizonts (§§ 133, 157, 242 BGB) zu ermitteln.

4.3.4. Garantievertrag

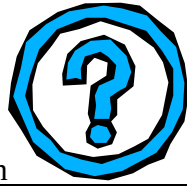
Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 179

Führich S. 297

Weitere Sicherungsmöglichkeit für eine Forderung ist der Garantievertrag (Vertrag „sui generis“, § 305 BGB). Im Gegensatz zur Bürgschaft ist der Garantievertrag nicht-akzessorisch. Der Garantievertrag kann also auch dann bestehen, wenn die zu sichernde Forderung erloschen, einredebehaftet oder nie zur Entstehung gelangt ist. Mit dem Garantievertrag über-

nimmt der Garant die Gewähr dafür, dass eine bestimmte Forderung unbedingt und in jedem Fall beglichen wird. Die Haftung ist somit ungleich schärfer als die der Bürgschaft.



4.4. Kontrollfragen

Frage 1:

Was ist der Unterschied zwischen einem „relativen“ und einem „absoluten“ Recht?

Frage 2:

Nennen Sie die fünf Grundprinzipien des Sachenrechts!

Frage 3:

Nach welchen Vorschriften richtet sich die Übertragung von Forderungen?

Frage 4:

Nennen Sie das Prüfungsschema für die Übertragung von Forderungen!

Frage 5:

Nennen Sie das Prüfungsschema für die Übertragung einer beweglichen Sache gem. § 929 S.1 BGB!

Frage 6:

Was ist unter dem „abhanden kommen“ einer Sache zu verstehen? Welche Auswirkung hat das abhanden kommen einer Sache?

Frage 7:

Nennen Sie das Prüfungsschema für die Übertragung eines Grundstücks!

Frage 8:

Was ist der Unterschied zwischen einer „akzessorischen“ und einer „nicht – akzessorischen“ Sicherheit? Nennen Sie Beispiele!

Frage 9:

Wie wird rechtstechnisch ein „Eigentumsvorbehalt“ vereinbart?

Frage 10:

Welchen Zweck erfüllt der „Eigentumsvorbehalt“?

Frage 11:

Wie wird rechtstechnisch ein „verlängerter“ Eigentumsvorbehalt vereinbart?

Frage 12:

Welchen Zweck erfüllt der „verlängerte“ Eigentumsvorbehalt?

Frage 13:

Was ist das Wesen einer „Sicherungsübereignung“ an beweglichen Sachen gem. §§ 930, 868 BGB? Weshalb ist diese „populärer“ als das Pfandrecht an beweglichen Sachen gem. § 1204 BGB?

Frage 14:

Was muss bei der Abtretung künftiger Forderungen insbesondere gewährleistet sein?

Frage 15:

Wodurch unterscheiden sich Hypothek und Grundschuld?

Frage 16:

Wie können Pfandrechte entstehen? Nennen Sie Beispiele!

Frage 17:

Welche Personen sind bei einer Bürgschaft beteiligt? Zwischen welchen Personen wird das Bürgschaftsversprechen abgegeben?

Frage 18:

Ist die Bürgschaft akzessorisch oder nicht – akzessorisch?

Frage 19:

Wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, was geschieht dann mit der gesicherten Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner?

Frage 20:

Welche Arten von „Patronatserklärungen“ gibt es?



4.5. Antworten

Antwort 1:

Relative Rechte gelten nur zwischen bestimmten Personen untereinander (insbesondere zwischen Vertragspartnern). Absolute Rechte sind solche, die gegenüber jedermann verteidigt werden können (insbesondere das Eigentum).

Antwort 2:

Publizität, Absolutheit, Spezialität, Typenzwang, Abstraktionsprinzip.

Antwort 3:

§§ 398 ff. BGB

Antwort 4:

Einigung iSd. § 398 BGB, Übertragbarkeit der Forderungen (§§ 399, 400 BGB), Bestimmbarkeit, Berechtigung.

Antwort 5:

Einigung iSd. § 929 S. 1 BGB, Übergabe, Einigsein, Berechtigung.

Antwort 6:

Abhanden kommen = Unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes.

Eine abhanden gekommene Sache kann gem. § 935 I BGB nicht gutgläubig erworben werden (beachte aber § 935 II BGB).

Antwort 7:

Einigung iSd. § 873 BGB in der Form des § 925 BGB („Auflassung“), Eintragung, Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung (entfällt in den Fällen des § 873 II BGB), Berechtigung.

Antwort 8:

Akzessorisch: Bestand der Sicherheit hängt ab von Bestand der gesicherten Forderung (Beispiel: Hypothek, Bürgschaft, Pfandrecht);

Nicht – akzessorisch: Sicherheit ist unabhängig von Bestand der gesicherten Forderung (Beispiel: Garantievertrag, Schuldbeitritt, Grundschild).

Antwort 9:

Durch Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB) im Rahmen der dinglichen Einigung (§ 929 S. 1 BGB). Aufschiebende Bedingung ist die vollständige Kaufpreiszahlung.

Antwort 10:

Durch den Eigentumsvorbehalt bleibt der Veräußerer über den Zeitpunkt der Übergabe der Sache hinaus Eigentümer. Ihm wird zudem ein gesetzliches Rücktrittsrecht (§ 455 BGB) eingeräumt, wenn der Käufer in Verzug mit der Zahlung gerät. Somit ist die Position des Veräußernden wesentlich stärker als bei einer sofortigen vollständigen Übertragung des Eigentums.

Antwort 11:

Ein „verlängerter Eigentumsvorbehalt“ wird vereinbart durch eine „Genehmigung“ des Veräußerers (§ 185 BGB) zur Weiterveräußerung seitens des Erwerbers an die Endabnehmer noch vor der vollständigen Kaufpreiszahlung.

Antwort 12:

Hierdurch wird dem Erwerber einer Sache die Möglichkeit eröffnet, noch vor dem vollständigen Eigentumserwerb über die Sache zu verfügen und Gewinne zu erzielen. Insofern wird die Verkehrsfähigkeit des Vorbehaltsgutes erhöht.

Antwort 13:

Bei einer Sicherungsübereignung wird das Eigentum übertragen, der unmittelbare Besitz bleibt jedoch beim Alteigentümer. Dieser kann das Sicherungsgut somit weiter wirtschaftlich

Nutzen, der Neueigentümer (mittelbarer Besitzer, § 868 BGB) muss nicht für die Aufbewahrung desselben sorgen. Zu Grunde liegt ein Sicherungsvertrag (§ 305 BGB), der die Rechte und Pflichten von Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber regelt.

Beim Pfandrecht ist regelmäßig eine Übergabe der Sache (§ 1205 ff. BGB) nötig, was häufig weder im Sinne des Sicherungsnehmers noch im Sinne des Sicherungsgebers ist.

Antwort 14:

Die „Bestimmbarkeit“

Antwort 15:

Hypothek ist akzessorisch, Grundschuld ist nicht – akzessorisch.

Antwort 16:

Pfandrecht kraft Gesetzes: Pfandrecht des Gastworts (§ 704 BGB), Vermieterpfandrecht (§ 559 BGB), Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB).

Pfandrecht kraft Rechtsgeschäft: § 1204 BGB an beweglichen Sachen, § 1273 BGB an Forderungen.

Antwort 17:

Hauptschuldner, Bürge, Gläubiger.

Bürgschaftsvertrag zwischen Bürge und Gläubiger (§ 765 BGB).

Antwort 18:

Bürgschaftsvertrag ist akzessorisch;

Antwort 19:

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner samt aller Sicherungsrechte kraft Gesetzes auf ihn über (§§ 714, 412, 401 BGB).

Antwort 20:

Weiche Patronatserklärung: Good – will Erklärung (meist) einer Muttergesellschaft gegenüber Gläubigern einer Tochtergesellschaft.

Harte Patronatserklärung: Rechtliche Verpflichtungserklärung der Muttergesellschaft mit Garantie und Schadensersatzverpflichtung im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer Tochtergesellschaft.

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 5: Titel: Forderungsmanagement

Referent : Prof. Dr. Josef Scherer

Sendetermin: 25.04.2001

Skriptum:

- Gliederung -

- 1. Einleitung**
- 2. Bonitätsprüfung**
- 3. Vertragsgestaltung**
 - 3.1 *Liefer-/Zahlungsbedingungen*
 - 3.2 *Kreditsicherung*
 - 3.2.1 *Sicherungsmöglichkeiten*
 - 3.2.2 *Exkurs: Zusätzliche Sicherungsmöglichkeiten im Bauwesen*
 - 3.2.2.1 *§ 648 a BGB Bauhandwerkersicherungsbürgschaft*
 - 3.2.2.2 *§ 648 BGB Bauhandwerkersicherungshypothek*
 - 3.2.2.3 *§ 647 BGB Werkunternehmerpfandrecht*
 - 3.2.2.4 *Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen*
 - 3.2.2.5 *Neuerungen durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen*
- 4. Forderungsverwaltung**
 - 4.1 *Fälligkeit der Forderung*
 - 4.2 *Zügige und korrekte Rechnungsstellung*
 - 4.3 *Überwachung der Zahlungseingänge*
 - 4.4 *Organisation des Mahnwesens*
 - 4.4.1 *Richtiges Mahnen*
 - 4.4.2 *Verzugsfolgen*
- 5. Eigene Forderungsdurchsetzung**
 - 5.1 *Mahnschreiben*
 - 5.2 *Außergerichtliche Streitbeilegung*
 - 5.3 *Mahnbescheid*
 - 5.4 *Klageerhebung*
 - 5.5 *Effektive Zwangsvollstreckung*
 - 5.6 *Antrag auf eidesstattliche Versicherung*
 - 5.7 *Insolvenzantragstellung durch Gläubiger*
- 6. Factoring**
- 7. Inkassounternehmen**
- 8. Reformbestrebungen des Gesetzgebers: EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr und Schuldrechtsmodernisierungsgesetzentwurf**
 - 8.1 *EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr*
 - 8.2 *Schuldrechtsmodernisierungsgesetzentwurf*
- 9. Kontrollfragen**
- 10. Antworten**

Forderungsmanagement

1. Einleitung

Aus Sicht der betroffenen Unternehmen (Friedrich W., Ertragsentwicklung, Eigenkapitalausstattung und Insolvenzen im Bereich des industriellen Mittelstandes, Köln 1997) stehen **Forderungsausfälle (78 %) und schleppendes Zahlungsverhalten (67 %) der Kunden als Insolvenzursachen an erster Stelle** vor zu geringer Eigenkapitalausstattung (57 %), Schwierigkeiten bei der Kreditbeschaffung (55 %) oder der Höhe der Lohnkosten (44 %).

Als besonders schwerwiegend ist es für den Gläubiger anzusehen, wenn sein **Vergütungsanspruch**, etwa auf Bezahlung von Lieferungen oder Leistungen wie Werklohn etc., **aufgrund** eingetretener **Verjährung vollständig nicht mehr durchsetzbar** ist. Gemäß § 196 BGB verjähren Vergütungsansprüche gegenüber Privatleuten nach zwei Jahren, Ansprüche gegenüber Unternehmern nach vier Jahren. **Droht der Eintritt der Verjährung**, so sollte diese unbedingt **durch Beantragung eines gerichtlichen Mahnbescheides oder Klageerhebung unterbrochen** werden. Nicht ausreichend ist es für eine Verjährungsunterbrechung, wenn der Schuldner lediglich gemahnt wurde.



In der Praxis ist das Forderungsmanagement sehr häufig in die Debitorenbuchhaltung eingegliedert und stellt keine eigenständige Abteilung des Unternehmens dar.

Zu einer ordnungsgemäßen Forderungsverwaltung, um die Zahlungsmoral der Kunden in einer für das Unternehmen positiven Weise zu beeinflussen, gehören:

- Bonitätsprüfung der Geschäftspartner
- exakte, vertragliche Bestimmung der Zahlungskonditionen
- Auswahl und Bewertung von Kreditsicherheiten
- formal richtige Rechnungsstellung
- zeitliche Befristung und Überwachung von Kreditlimiten
- Überwachung der Fälligkeit der Forderung
- Überwachung und Steuerung der Zahlungseingänge sowie Verminderung der Zahlungsfristen.
- Systematisches Mahnen säumiger Zahlungspflichtiger

2. Bonitätsprüfung

Kunden, denen Zahlungsziele eingeräumt werden, die also nicht die Ware gegen Vorkasse geliefert bekommen, sollen vor dem Abschluss von Lieferverträgen überprüft werden. Dabei muß auf alle verfügbaren Informationen zurückgegriffen werden, die eine Bewertung der Kundenbonität erlauben.

Kunden mit unzureichender Bonität sollte kein Kredit eingeräumt werden, also auch keine Waren geliefert werden.

Bei der Bonitätsprüfung des Kunden ist auf interne Informationsquellen und externe Informationsquellen zurückzugreifen.

Interne Informationsquellen:

Informationen ergeben sich aus dem Rechnungswesen, wonach das Zahlungsverhalten des Kunden beurteilbar wird. Es ist zu prüfen, welches vereinbarte Zahlungsziel der Kunde in Anspruch nimmt und ob er das Zahlungsziel des öfteren überschreitet. Auch Stundungsgesuche und das Erfordernis von Inkassomaßnahmen gegenüber dem Kunden sind wichtige Informationen. Hinweise aus dem Vertrieb sowohl im Innen- und Außendienst sind ebenfalls zu beachten: So sind Kenntnisse über hohe Lagerbestände beim Kunden, über schlechten Zustand seiner Maschinen oder nicht ausgelastete Kapazitäten negative Indizien. Ebenso eine schmale Angebotspalette oder ein schlechtes Image seiner Produkte. Anlass zur Besorgnis sollte es auch sein, wenn der Kunde auf Konkurrenzmaßnahmen nur zögerlich reagiert und erhöhte Rabatte, Nachlässe oder Sonderangebote gewährt, um die -wenigen- Kunden „an der Stange“ zu halten.



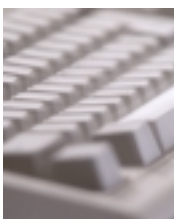
Der Außendienst sollte für die Früherkennung von Kreditrisiken bei den Vertragspartnern geschult werden!

Externe Informationsquellen:

Wirtschaftsauskünfte geben Information über die Haftungslage, die Eigenkapitalausstattung sowie die Auftragslage beim Kunden. Auch können Bilanzdaten des Kunden geliefert werden. Bankauskünfte über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute sind bei der Hausbank zu erhalten. Unter Umständen gibt es Informationen über Auftragslage und Überziehungen von Konten.

SCHUFA-Auskünfte werden von der Bank erfragt und beinhalten Angaben über die Zahlungsunfähigkeit oder/und Willigkeit des Kunden, über Mahnbescheide oder Vollstreckungsbescheide, die gegen den Kunden ergingen. Die Auskünfte werden nur an Vertragspartner erteilt. Bei Kapitalgesellschaften, die zur Veröffentlichung von Jahresabschlüssen verpflichtet sind, lassen sich aus diesen Jahresabschlüssen weitere wichtige Informationen ziehen. Die Veröffentlichungspflicht ist gerade in letzter Zeit erheblich ausgeweitet worden durch das Kapitalgesellschaft und Co-Richtliniengesetz.

Als Kontaktadresse für Wirtschaftsauskünfte läßt sich beispielhaft nennen: Verband der Vereine Creditreform e.V. Hellersbergstraße 12 in 41460 Neuss, Tel.: 02131/1090 oder über www.creditreform.de.



Einsatz von EDV bei der Bonitätsprüfung von Schuldern

Um Forderungsausfälle zu vermeiden oder Insolvenzrisiken frühzeitig zu erkennen, sollte ein wirksames EDV-gestütztes Frühwarnsystem verwendet werden (vgl. *Munsch/Borkenhagen, Zahlungsverzug und Forderungsverluste – Frühwarnung und Gegenmaßnahmen*, ZinsO 1999, Seite 214 ff.). Für ein wirtschaftliches Kreditmanagement lassen sich wesentliche

Informationen durch eine Onlineanbindung zu Anbietern von Wirtschaftsauskünften wie beispielsweise Creditreform beschaffen, ebenso über elektronische Datenschnittstellen zur Finanzbuchhaltung. Das Frühwarnsystem sollte Krisenanzeichen beim Schuldner erfassen und beurteilen können, beispielsweise Änderungen der Zahlungsart, Einführung von Kurzarbeit und erhöhte Entlassungen sowie größere Fluktuation auf der Geschäftsführungsebene.

Die EDV-gestützte Bewertung des Zahlungsverhaltens des Kunden zeigt dem Kreditmanagement Auffälligkeiten an. Darüber hinaus sollte das System auch Vorschläge zur Konfliktlösung machen. Sehr wichtig ist auch die automatische Anordnung der Verhängung einer Liefersperre an die zuständigen Abteilungen sowie die Aufbereitung der ausstehenden Forderungen für die Erstellung eines Inkassoauftrages.

Die standardisierte Risikobewertung ist wichtiger Bestandteil des Frühwarnsystems. Jedem Vertragsabschluss oder auch jeder vertraglichen Anpassung von Kreditlimiten muss eine aktuelle Bonitätsprüfung des Kunden vorgehen. Creditreform beispielsweise empfiehlt ein Frühwarnsystem, das Strukturmerkmale, Merkmale zur wirtschaftlichen Lage und sonstige Bonitätsmerkmale des Schuldners prüft. Aus diesen Merkmalen wird ein Risikoindex ermittelt, der letztendlich die Bonität des Kunden darstellt. Die Verwendung eines entsprechenden Systems führt zur Entlastung der Leitung des Kreditmanagements.

Beispiele für automatische Verfahren sind unter www.creditreform.de zu finden.

Folgende Merkmale fließen in ein entsprechendes Frühwarnsystem ein:

1. Struktur und Merkmale des Schuldners
 - Rechtsform des Unternehmens
 - Unternehmensalter
 - Umsatzgröße
 - Branchenrisiko
2. Merkmale zur wirtschaftlichen Lage des Kunden
 - Auftragslage
 - Unternehmensentwicklung
 - Außendienstbeurteilungen
3. Bonitätsmerkmale des Kunden
 - Bonitätsindex der Wirtschaftsauskunftei
 - Eigene Zahlungserfahrungen des Unternehmens

Die EDV-gestützte Bonitätsprüfung ist zu erweitern durch die Einbeziehung von Bankauskünften, Angaben der Kreditversicherung sowie Auswertungen des Jahresabschlusses.

3. Vertragsgestaltung

3.1 Liefer-/Zahlungsbedingungen

Es sollten keine zu großzügigen oder branchenunübliche Zahlungsziele gewährt werden. Vielmehr sollte den Kunden Anreiz, beispielsweise durch Skontogewährung, geboten werden, möglichst rasch zu bezahlen. In den Verträgen ist eindeutig zu regeln, wann die Zahlungen fällig sind. Ebenso sollten Regelungen über verspätete Zahlungen enthalten sein.



3.2 Kreditsicherung

3.2.1 Sicherungsmöglichkeiten



Zu den Forderungsabsicherungsmöglichkeiten gehören Kreditsicherungsmittel wie Sicherungszession, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, Grundschuld, Hypothek, Pfandrechtsbestellung an beweglichen Sachen und Forderungen sowie Bürgschaft, Schuldbeitritt, Patronatserklärung und Garantieerklärungen (vgl. Folge 4, Sachenrecht, Kreditsicherungsrecht).

3.2.2 Exkurs: Zusätzliche Sicherungsmöglichkeiten im Bauwesen

3.2.2.1 § 648 a BGB Bauhandwerkersicherungsbürgschaft

Mit Datum vom 01.05.1993 hat der Gesetzgeber durch das Bauhandwerkersicherungsgesetz über die Einführung des § 648 a BGB für Bauunternehmen eine effektive Sicherungsmöglichkeit für ihre Werklohnforderungen geschaffen. Gegenüber der Sicherungshypothek nach § 648 BGB bietet die Bauhandwerkersicherungsbürgschaft eine Vielzahl von Vorteilen für den Bauunternehmer. Diese Möglichkeit sollte jedem Baubetrieb bekannt sein.

Neuerung im BGB-Werkvertragsrecht:

Die Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB (Bauhandwerkersicherungsbürgschaft) wurde durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen mit Wirkung zum 01.05.2000 auf Nebenforderungen ausgedehnt. Falls der Auftraggeber wegen der Sicherheitsforderung des Unternehmers nach § 648a BGB den Vertrag kündigt, kann der Unternehmer Schadensersatz verlangen, wobei vermutet wird, dass der Schaden 5 % der vereinbarten Vergütung beträgt.

3.2.2.2 § 648 BGB Bauhandwerkersicherungshypothek

Der Bauunternehmer kann zur Sicherung seiner Werklohnforderung gemäß § 648 BGB die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek am Grundstück des Bauherrn verlangen. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit nur selten Gebrauch gemacht. Häufiger wird im Rahmen der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung für eine entsprechende Sicherungshypothek erwirkt.

3.2.2.3 § 647 BGB Werkunternehmerpfandrecht



Der Werkunternehmer hat gemäß § 647 BGB ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Auftraggebers, wenn die Sachen bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz des Auftragnehmers gelangten. Diese Vorschrift spielt im Bauwesen keine große Rolle, da es sich bei Bauwerken um unbewegliche Sachen handelt. Darüber hinaus sind die vom Bauunternehmer angeschafften Baumaterialien nach der Verarbeitung untrennbar mit dem Grundstück verbunden und daher Eigentum des Grundstückseigentümers. Ein geringer Anwendungsspielraum ergibt sich, wenn der Bauherr selbst die Baumaterialien beschafft hat und diese noch nicht verbaut sind. Dann können Sicherungsansprüche nach § 647 BGB an diesen Materialien bestehen und diese Sicherheit dann neben den Sicherheiten nach § 648 BGB durchgesetzt werden, falls keine Übersicherung vorliegt.

3.2.2.4 Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen (GSiB)

Einen direkten Schutz oder Sicherungsanspruch gewährt das GSiB den Gläubigern von Bauwerklohnforderungen nicht. Vielmehr spricht es dem Gläubiger im Falle der Zweckentfremdung vom Baugeld einen Schadensersatzanspruch gegen den Empfänger gemäß § 1 GSiB in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB zu.

3.2.2.5 Neuerungen durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen

Verbesserungen für Gläubiger ergeben sich durch das *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen* im Bereich der Werkleistungen: So wird der Auftraggeber bei einem Werkvertrag verpflichtet, für abgeschlossene Teile der vom Unternehmer erbrachten Leistung, insbesondere für das vom Unternehmer beschaffte Material, **Abschlagszahlungen** bzw. Vorschüsse zu zahlen (§ 632 a BGB).

3.2.3 Kreditversicherungen



Der Forderungsausfall aufgrund von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist versicherbar. Die Versicherung tritt ein, wenn der Schuldner des Versicherungsnehmers zahlungsunfähig ist, insbesondere, wenn über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt ist, die Annahme eines Schuldenbereinigungsplanes vom Gericht festgestellt oder mit allen Gläubigern ein Vergleich abgeschlossen wurde oder die Zwangsvollstreckung keinen Erfolg brachte. Der Forderungsausfall wird aber nicht in voller Höhe getragen, sondern je nach vertraglicher Vereinbarung abzüglich einer Selbstbeteiligung des Versicherungsnehmers. Die Höhe der Selbstbeteiligung hat auf die Versicherungsprämie Einfluss. Eine derartige Kreditversicherung kostet monatlich zwischen 1 und 2,5 Promille der monatlichen Außenstände. Die Höhe des Beitrags hängt von der jeweiligen Bran-

che, dem Umsatz, der Höhe der Außenstände, der Höhe der früheren Forderungsausfälle und der Erfahrungen über Zahlungsmoral der Kunden des Unternehmens ab. Darüber hinaus fällt eine Kreditprüfungsgebühr in Höhe beispielsweise von 70,- DM pro Inlandskunde und 125,- DM pro Auslandskunde an. Als Gegenleistung dafür prüft die Versicherung die Kreditwürdigkeit der Kunden und warnt bei Bonitätsverschlechterung. Für den Unternehmer wird durch die Kreditversicherung das Ausfallrisiko kalkulierbar.

Kontaktadressen von Kreditversicherungsunternehmen

Beispielhafte Auswahl:

AKV Allgemeine Kreditversicherungsaktiengesellschaft

ISAAC-Fulda-Allee 1, 55124 Mainz

Hermes Kreditversicherungs AG, Friedensallee 254, 22746 Hamburg

Gerling Konzern Spezial, Hohenzollernring 62, 50672 Köln

4. Forderungsverwaltung

4.1 Fälligkeit

Gemäß **§ 271 BGB** kann ein Gläubiger die Leistung sofort verlangen, falls für die Leistung eine Zeit weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Ist eine Zeit für die Leistung bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen kann.

Die Parteien können die **Leistungszeit durch Vertrag festlegen**. Beispielsweise können bestimmte Fristen oder Termine im Vertrag genannt werden. Bei unbestimmten Formulierungen wie „in Kürze“ oder „baldigst“ ist die Vereinbarung auszulegen (baldigst: Anspruch wird spätestens nach sechs bis acht Wochen fällig). Bei unbestimmten oder unangemessen langen Leistungsfristen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind diese wegen Verstoßes gegen § 10 Nr. 1 AGBG unwirksam. Die Klausel „Kasse gegen Factura“ bedeutet Fälligkeit des Zahlungsanspruches schon gegen Empfang der Rechnung ohne Rücksicht auf die Absendung der Ware.

Grundsätzlich ist die Erteilung einer Rechnung keine Fälligkeitsvoraussetzung, jedoch hat der Schuldner u.U. ein Zurückbehaltungsrecht. Damit ist beispielsweise aber der Beginn der Verjährung nicht von der Rechnungserteilung abhängig.

Es existieren jedoch **Sonderregelungen**, die die **Fälligkeit bis zum Zugang einer Rechnung hinausschieben**, so für



- **Werklohnforderungen bei VOB/B-Verträgen** gemäß § 16 Nr. 3 VOB/B (Fälligkeit des Vergütungsanspruches grundsätzlich nach Abnahme und zwei Monate nach Zugang der prüfbaren Schlußrechnung),
- bei **Architektenhonoraren** gemäß § 8 HOAI (Fälligkeit, wenn die Leistung vertragsgemäß erbracht und eine prüffähige Honorarschlußrechnung überreicht wurde),
- bei **Arzthonoraren** gemäß § 12 Abs. 2 GOÄ,



- bei **Heizkostenansprüchen** des Vermieters und sonstigen Mietnebenkosten, etc.

Sofern die Parteien keine vertragliche Regelung für den Eintritt der Fälligkeit der Leistung getroffen haben, gilt die Regelung nach § 271 Abs. 1 BGB, **§ 271 Abs. 1 BGB** kommt jedoch **nicht** in Betracht, **falls die Leistungszeit durch gesetzliche Sonderregelungen** bestimmt ist, so

- bei Miete (§ 551 BGB),
- Pacht (§ 584 BGB),
- Leihe (§ 604 BGB),
- Darlehen (§ 608 BGB),
- Dienstvertrag (§ 614 BGB),
- Werkvertrag (§ 641 BGB),
- Verwahrung (§ 695 BGB),
- gesellschaftsrechtlichen Ansprüche auf Gewinn- und Verlustverteilung (§ 721 BGB),
- Leistungen des Versicherers (§ 11 VVG).

Bei Gewährung einer **Stundung** wird die **Fälligkeit** bis zu dem vereinbarten Termin **hinausgeschoben**. Beispielsweise kann die Einräumung von **Skonto** eine Stundung bis zum Ablauf der Skontofrist beinhalten.

Abweichungen zwischen BGB- und VOB/B-Vertrag: Gemäß § 641 BGB wird beim BGB-Werkvertrag (anders als beim VOB/B-Vertrag, vgl. oben) die Vergütung mit der Abnahme fällig. Ob beim BGB-Werkvertrag die Erteilung einer Rechnung Fälligkeitsvoraussetzung ist, ist streitig. Laut *BGH* ist dies nicht der Fall.

Neuerungen im BGB-Werkvertragsrecht zur Fälligkeit:

Die Abnahme erbrachter Werkleistungen kann vom Auftraggeber seit 01.05.2000 **nicht mehr verweigert** werden, **wenn lediglich unwesentliche Mängel** vorliegen.

Auch **ohne Abnahme** kann seit 01.05.2000 die **Werklohnforderung** fällig gestellt werden, **wenn** ein beauftragter **Gutachter bestätigt**, dass der Unternehmer die versprochene Werkleistung mangelfrei erbracht oder nach der Überprüfung etwa vorhandene Mängel beseitigt hat (Fertigstellungsbescheinigung).

4.2 **Zügige und korrekte Rechnungsstellung**

Nach Erbringung der Leistung sollte unverzüglich die Forderung in Rechnung gestellt werden. Dabei sollte auf korrekte und vollständige Aufzählung der erbrachten Leistungen geachtet sowie sichergestellt werden, dass die jeweils vereinbarten Preise in Rechnung gestellt wurden. Jeder Fehler oder jede Ungenauigkeit der Rechnung kann vom Kunden dazu ausgenutzt werden, die Zahlung hinaus zu schieben oder zu verweigern.

In der Praxis verursacht die **Pflicht zur Stellung einer prüffähigen Rechnung** beispielsweise bei VOB/B-Werklohnforderungen oder Architektenhonoraren erhebliche Schwierigkeiten.



So ist beispielsweise gemäß § 14 VOB/B vor allem bei **Einheitspreisverträgen** die Leistung durch den Auftragnehmer prüfbar abzurechnen. Es reicht dabei aus, dass der fachkundige Architekt, dem die Objektüberwachung übertragen ist, die Rechnung prüfen kann. Die Rechnung muss übersichtlich sein und alle nötigen Belege, die zur Dokumentation von Art und Umfang der erbrachten Leistung nötig sind, müssen beigelegt sein. Mengenberechnungen gehören ebenso dazu wie Aufmaßzeichnungen. In der Rechnung sind darüber hinaus Änderungen und Ergänzungen des Vertrages besonders kenntlich zu machen. Bei gerichtlicher Geltendmachung einer Werklohnforderung wird die Klage wegen Fehlens der Fälligkeit abgewiesen, wenn die vom Unternehmer vorgelegte Rechnung nicht prüfbar ist.

Hinsichtlich der Frage der **Prüfbarkeit der Schlussrechnung** ist auf die Ausführungen von Quack hinzuweisen (Quack, Konflikte im Zahlungsbe- reich, in Seminar: Konfliktpotential im Verhältnis von Auftraggebern ..., S. 49, S. 52): Quack weist darauf hin, dass **Prüfbarkeit** ein **Rechtsbegriff** ist, es also eine reine Rechtsfrage und keine Sachverständigenfrage darstellt, ob die Schlussrechnung prüfbar ist. Darüber hinaus habe Prüfbarkeit **wenig mit Vollständigkeit und Richtigkeit der Rechnung** zu tun. So muss bei einem Einheitspreisvertrag zwar das Aufmaß angegeben werden, doch müsse **weder die Aufmaßmethode die Richtige sein, noch müsse das Aufmaß sonst stimmen**. Auch die **Rechenoperationen müssten nicht stimmen**.

Ob die Rechnung insoweit zutreffend ausgestellt wurde, gehört zur **Frage der Prüfung** und nicht zur Prüfbarkeit.

Beim **Pauschalvertrag** sei die Rechnung bereits prüfbar, wenn lediglich an- gegeben werde, welche Pauschale gemäß Vertrag vereinbart wurde und wie hoch die Differenz mit den geleisteten Abschlagszahlungen ist.

Auch mit **Schlüssigkeit und Substanziierung des Vortrags** hat die Frage der Prüfbarkeit **nichts** zu tun.

Die auch von den Gerichten überwiegend verbreitete fehlerhafte Handha- bung der Prüfbarkeit ermögliche zu Lasten der Bauwirtschaft eine **unheilige Allianz zwischen bequemen oder überlasteten Gerichten und zahlungs- unwilligen oder illiquiden Bauherren**.

Bei Pauschalpreisverträgen genügt es, wie erwähnt, wenn der Auftrag- nehmer dem Auftraggeber den Pauschalpreis gemäß Angebot gegebenen- falls abzüglich der geleisteten Abschlagszahlungen in Rechnung stellt.

Bei Stundenlohnverträgen sind die in § 15 VOB/B genannten Grundsätze zu beachten.

Bei einem **BGB-Werkvertrag** finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch keine speziellen Bestimmungen über die Abrechnung von Baumaßnahmen. Die Beachtung der Bestimmungen der VOB/B helfen jedoch, Streitigkeiten zu vermeiden.

4.3 Überwachung der Zahlungseingänge

Zahlungstermine und Zahlungsbeträge müßten im Rechnungswesen genauestens überwacht werden. Da der Kunde pünktliche Lieferung erwartet, kann auch der Unternehmer von seinem Kunden die Einhaltung der vereinbarten Zahlungsziele erwarten. Offene Rechnungen sollten auf „Wiedervorlage“ gelegt werden.

Zahlungsunfähige Auftraggeber dürfen keine weiteren Leistungen erhalten! Wurden vereinbarte und fällige Abschlagszahlungen nicht geleistet, so dürfen ebenfalls keine weiteren Leistungen erbracht werden.

4.4 Organisation des Mahnwesens

4.4.1 Richtiges Mahnen

Bevor dem Kunden die erste Mahnung geschickt wird, sollte intern geprüft werden, ob die Leistungen tatsächlich wie vereinbart erbracht wurden, insbesondere, ob die Lieferung vollständig erbracht wurde oder berechnete Reklamationen vorliegen. Auch sollte geprüft werden, ob eine korrekte Rechnung an den Kunden versandt wurde oder etwa nur Buchungsfehler vorliegen. Auch das vereinbarte Zahlungsziel sollte nochmals überprüft werden.



Hat der Kunde nach Ablauf der vereinbarten Zahlungsfristen nicht geleistet, so kann bereits die erste Mahnung verschickt werden.

Eine Mahnung ist ein ernsthaftes und eindeutiges Erfüllungsverlangen und grundsätzlich formfrei. Wegen Beweisschwierigkeiten sollte unbedingt darauf geachtet werden, dass eine Mahnung beweissicher durchgeführt wird. Allzu freundlich abgefasste Schreiben stellen unter Umständen keine Mahnung dar und führen daher nicht zum Eintritt der erwünschten Rechtsfolgen.

Beispielsweise ist die Mitteilung, die Forderung sei nunmehr fällig ebenso wenig eine Mahnung, wie die Erklärung, dass der Leistung gerne entgegen gesehen werde. Auch die Aufforderung an den Kunden, sich über die Leistungsbereitschaft zu erklären, stellt keine Mahnung dar.

Andererseits können Mahnungen höflich abgefasst sein, beispielsweise indem der Unternehmer den Kunden freundlich bittet, die Überweisung des Rechnungsbetrags auf das angegebene Konto umgehend vorzunehmen. Aber auch etwas strenger gehaltene Mahnungen sind möglich. Beispielsweise indem mitgeteilt wird, dass bis zum heutigen Datum nicht geleistet wurde und der Kunde damit aufgefordert wird nunmehr unverzüglich, spätestens jedoch binnen einer angegebenen Frist, die Leistung zu erbringen, da ande-

renfalls die Angelegenheit dem Rechtsanwalt übergeben würde, wodurch für den Kunden weitere erhebliche, durch sofortige Zahlung jedoch vermeidbare Kosten entstünden.

Die erste Mahnung sollte auch darlegen, warum der Schuldner mit der Leistung in Verzug ist, also was vertraglich vereinbart war. Obwohl nicht zwingend erforderlich, ist es ratsam, eine Frist von ca. bis zu 14 Tagen für die Erbringung der Leistung zu stellen. Zahlt der Kunde nach dem erneuten Mahnen nicht, sollte unbedingt der Außendienst oder Vertrieb informiert werden, damit ein Lieferstop verhängt wird oder Lieferung nur noch gegen Vorkasse erfolgt.

Leistet der Schuldner trotz entsprechender Mahnungen nicht und befindet er sich in Verzug, so ist bei der Eintreibung der Forderung darauf zu achten, dass die Verzugszinsen ebenfalls geltend gemacht werden. Dabei ist auf folgende Neuerungen aufgrund des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen seit 01.05.2000 zu achten:

4.4.2 Verzug



Durch das *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen*, das am 01.05.2000 in Kraft trat, sollen Gläubiger schneller an ihr Geld kommen. So kommt seit 01.05.2000 ein **Schuldner von Geldforderungen 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung automatisch in Verzug**, ohne dass es einer weiteren Mahnung bedürfte. Problematisch an dieser Regelung in § 284 Abs. 3 BGB ist, dass selbst bei früherer unverzüglicher Mahnung oder bei einem kalendermäßig bestimmten Zahlungstermin der Verzug nicht vor Ablauf der 30 Tage eintritt.

Ein noch größerer Nachteil für den Gläubiger ergibt sich aus der gutgemeinten Regelung hinsichtlich folgenden Sachverhaltes:

Nach der bisherigen und weiterhin geltenden Rechtslage hatte ein säumiger Schuldner neben Schuld und Zinsen als Verzugsschaden auch noch die **Kosten** zu ersetzen, die dem Gläubiger **durch Einschaltung eines Rechtsanwaltes** zur Durchsetzung der Forderung entstanden. **Voraussetzung** dafür war jedoch, dass der **Rechtsanwalt erst nach Verzugseintritt eingeschaltet** wurde. Dann konnten die Anwaltskosten als Verzugsschaden gemäß § 286 Abs. 1 BGB ersetzt verlangt werden. Wird bei einem einigermaßen straffen Forderungsmanagement beispielsweise nach einer verzugsbe gründenden Mahnung durch den Gläubiger selbst oder nach Ablauf des kalendermäßig bestimmten Leistungstermines ein Anwalt mit der weiteren Rechtsverfolgung beauftragt, so können diese Anwaltskosten dem Schuldner nicht mehr als Verzugsschaden in Rechnung gestellt werden, wenn die Mandatierung vor Ablauf der 30 Tage nach Fälligkeit der Forderung und Zugang der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung erfolgte, da der Schuldner gemäß § 284 Abs. 3 BGB bei Geldforderungen vor Ablauf dieser Frist nicht in Verzug geraten kann. Eine Ausnahme besteht gemäß § 284 Abs. 3 Satz 2 BGB lediglich bei Schuldverhältnissen, die wiederkehrende Geldleistungen zum Gegenstand haben.

Bei Geldforderungen ist also künftig darauf zu achten, dass der Gläubiger dafür sorgt, dass seine Forderung sehr früh fällig wird (keine Stundungen oder allzu lange Zahlungsziele gewähren) und der Zugang einer Rechnung möglichst zügig und beweisbar erfolgt. **Erst 30 Tage nach dem Zugangsdatum sollte künftig der Anwalt mandatiert werden.**

Weiter wurden durch das *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen* die **Verzugszinsen** von bisher 4 % bzw. 5 % (bei Kaufleuten) durch Änderung des § 288 Abs. 1 BGB **auf mindestens 5 %-Punkte über den Basiszinssatz angehoben**, was zur Zeit einen Verzugszins von fast 9 % ergibt. Die EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr, die zum 01.01.2001 von Deutschland in geltendes Recht umgesetzt werden soll, sieht sogar noch höhere Verzugszinsbeträge vor!

Nach wie vor ist jedoch daran zu denken, dass gemäß § 288 Abs. 2 BGB der Gläubiger **auch höhere Zinsen** in Rechnung stellen kann, wenn er beispielsweise selbst einen höher verzinslichen Bankkredit z.B. Konto-Korrent-Kredit mindestens in Forderungshöhe beansprucht.

Wurde - wie beispielsweise in der Baubranche üblich - ein VOB/B-Werkvertrag zwischen den Parteien vereinbart, so sind in § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B die Voraussetzungen und Folgen des Zahlungsverzugs des Auftraggebers geregelt. Für den Eintritt der Verzugsfolgen ist danach bei Nichtzahlung mit Fälligkeit das Setzen einer angemessenen Nachfrist und deren fruchtloses Verstreichen Voraussetzung. **Nach Ablauf der Nachfrist** hat der Auftragnehmer aufgrund der **Änderungen durch die VOB/B 2000** gemäß **§ 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B 2000** vom Ende der Nachfrist an einen Anspruch von **Zinsen in Höhe von neuerdings 5 % über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank** (statt bisher 1 % über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank), wenn er nicht einen höheren Verzugschaden nachweist. Außerdem darf er die Arbeiten bis zur Zahlung einstellen und unter Umständen nach vorheriger Kündigungsandrohung sogar gemäß § 9 Nr. 1 VOB/B kündigen.

Von den **Verzugszinsen** sind die **Fälligkeitszinsen** zu unterscheiden: Gemäß § 353 HGB schuldet jeder Kaufmann bereits ab Fälligkeit einer Forderung, also bereits vor Verzugseintritt, 5 % Zinsen.

Möglicherweise ist dieses Problem mit § 284 Abs. 3 BGB nur von beschränkter Dauer: So sieht der **Schuldrechtsmodernisierungsgesetzesentwurf** vor, dass ab 01.01.2002 diese Regelung insofern entschärft wird, als der Ablauf der 30-Tages-Frist nach Zugang einer Rechnung **zusätzlich** und nicht wie jetzt *ausschließlich* zum Verzugseintritt führt. Auch die EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr vom 29.06.2000 verlangt eine entsprechende gesetzliche Norm zum August 2002, so dass der Deutsche Gesetzgeber diesbezüglich tätig werden müsste.

5. Eigene Forderungsdurchsetzung

5.1 Mahnschreiben

Die Mahnung, also das ernsthafte Einfordern der fälligen Leistung hat mehrere Funktionen: Zum einen soll es den Schuldner an seine Zahlungspflicht erinnern, zum anderen ist gemäß § 284 Abs. 2 BGB, sofern für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender nicht bestimmt ist, die Mahnung Voraussetzung für den Verzugseintritt. Für Geldforderungen gilt seit 01.05.2000 die spezielle Regelung des § 284 Abs. 3 BGB, nach der der Schuldner eine Geldforderung 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung in Verzug kommt. Eine vorherige Mahnung setzt daher den Schuldner nicht früher in Verzug (vgl. zu den damit verbundenen Problemen oben).

5.2 Außergerichtliche Streitbeilegung



Bestehen Meinungsverschiedenheiten über das Bestehen der ausstehenden Forderung oder zahlt der Schuldner trotz Mahnung aus anderem Grunde nicht, so sollten vor dem Ergreifen gerichtlicher Schritte die Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung geprüft werden. Dazu gehören der Abschluss eines Vergleichs, eines vollstreckbaren Anwaltsvergleichs, die Durchführung einer Mediation oder eines Schiedsgerichtsverfahrens oder eines Schlichtungsverfahrens. Die Vorteile der außergerichtlichen Streitbeilegung liegen in einer möglichen Kosten- und Zeitersparnis, sowie der Möglichkeit der Lösung des Problems im vertraulichen auf Konsens ausgerichteten Verfahren unter Einschaltung von spezialisierten und zeitlich variablen Fachleuten.

Der Vergleichsgesprächstermin muss sorgfältig vorbereitet werden. Alle erheblichen Unterlagen müssen zur Verfügung stehen, ebenso wie ausreichend Zeit und eine angenehme äußere Atmosphäre. Wird im Laufe des Gesprächs ein Konsens gefunden, so sollte der Vergleich möglichst umgehend schriftlich fixiert werden und den Parteien zur Unterschrift vorgelegt werden, um zu vermeiden, dass sich im Nachhinein noch Unstimmigkeiten ergeben.

Besteht jedoch keine Aussicht auf eine außergerichtliche Streitbeilegung oder bietet sich diese im konkreten Fall nicht an, so ist auf eine möglichst zügige gerichtliche Durchsetzung der Forderung zu achten.

5.3 Mahnbescheid

Das gerichtliche Mahnverfahren, das durch Beantragung der Zustellung eines Mahnbescheids beim zuständigen Gericht eingeleitet wird, ist vom bloßen Mahnen zu unterscheiden. Es ist ein abgekürztes gerichtliches Verfahren. Insbesondere, wenn mit Einwendungen des Schuldners nicht zu rechnen ist und der Schuldner darüber hinaus zahlungsfähig zu sein scheint, bietet das Mahnverfahren eine einfache, schnelle und kostengünstige Mög-

lichkeit, an einen Vollstreckungstitel, den Vollstreckungsbescheid zu gelangen. Darüber hinaus unterbricht die Beantragung eines Mahnbescheids die Verjährung der Forderungen (vgl. oben). Mahnbescheidsformulare sind in jedem Schreibwarenhandel erhältlich und können vom Unternehmer selbst ausgefüllt werden. Bei größeren Summen oder sonstigen Unklarheiten sollte jedoch ein Anwalt beauftragt werden, um das Formular nicht fehlerhaft auszufüllen. Entsprechende Fehler können beim Ausfüllen des Mahnbescheids dazu führen, dass der Mahnbescheid keine verjährungsunterbrechende Wirkung hat. Gleichwohl kann eine geschulte Mahnabteilung im Unternehmen auch selbst Mahnbescheidsformulare ausfüllen, sowie das vollständig ausgefüllte Formular beim zuständigen Amtsgericht einreichen.

Hinsichtlich des **gerichtlichen Mahnverfahrens** ist auf **Änderungen** hinzuweisen. So kursieren **derzeit 2 verschiedene Mahnbescheidsformulare**: Das herkömmliche Formular sowie der neue Vordruck für das **maschinelle Mahnverfahren**: Das **alte Formular** wurde beim Amtsgericht am Sitz oder Wohnsitz des Gläubigers als zuständiges Gericht eingereicht. Diese Regelung gilt derzeit **noch im OLG-Bezirk München**.

Das **neue Mahnformular** dagegen ist nicht beim Amtsgericht des Gläubigers sondern beim **zentralen Mahngericht** einzureichen: **Seit 01. Oktober 2000** ist diesbezüglich im **OLG-Bezirk Nürnberg** bereits das automatische Mahnverfahren eingeführt worden, so dass alle Mahnbescheide ab 01.10.2000 an das Amtsgericht Coburg als zentrales Mahngericht gerichtet werden müssen. Die Formulare für das neue Mahnverfahren sind nicht mehr bei jedem Amtsgericht sondern in den Schreibwarenhandlungen oder bei den entsprechenden Stiftungen, zum Beispiel Hans-Soldan-Stiftung, erhältlich. Dabei ist auf folgende **Neuerungen** hinzuweisen: Gerichtskosten müssen jetzt nicht mehr zuvor einbezahlt werden, sondern werden in Rechnung gestellt oder abgebucht. Die Rechtsanwaltsgebühren werden vom Amtsgericht Coburg berechnet. Die Anträge werden durch Scanner eingelesen, weshalb sie in Blockschrift oder per Computer ausgefüllt werden müssen. Anlagen zum Mahnbescheid sind nicht mehr anzubringen. Es ist nur 1 Formular zu verwenden, auch wenn mehrere Antragsgegner vorhanden sind. Soll der Mahnbescheid als Mittel zur Unterbrechung der Verjährung dienen, so ist darauf zu achten, dass in den Gerichtsbezirken, in denen bereits das neue Mahnverfahren eingeführt ist, erst der Eingang des Formulars am Amtsgericht Coburg die Verjährung unterbrechen kann, nicht mehr wie bisher der Eingang beim Amtsgericht am Sitz des Gläubigers.

Das Amtsgericht prüft die Anspruchsberechtigung nicht, sondern erläßt aufgrund des Antrags einen Mahnbescheid. Gegen diesen kann der Schuldner binnen 2 Wochen Widerspruch einlegen, den er nicht begründen muss.

Falls kein Widerspruch eingelegt wird, kann der Gläubiger den Erlass eines Vollstreckungsbescheides beantragen.

Falls gegen diesen Vollstreckungsbescheid der Schuldner keinen Einspruch einlegt, zu dem wieder 2 Wochen zur Verfügung stehen, kann der Gläubiger innerhalb kürzester Zeit einen rechtskräftigen Vollstreckungstitel in Form des Vollstreckungsbescheides erhalten. Dieser Vollstreckungsbescheid steht ei-

nem Urteil gleich und dient als Grundlage zur Zwangsvollstreckung. Sofern jedoch rechtzeitig Einspruch eingelegt wurde, muss der Gläubiger das herkömmliche gerichtliche Verfahren mit Klagebegründung und Durchführung der Verhandlung in Anspruch nehmen.

5.4 **Klageerhebung**



Eine Alternative zum Mahnbescheidsverfahren ist die Erhebung einer Klage auf Zahlung beim zuständigen Gericht. Im Vorfeld der Entscheidung, ob die Forderung gerichtlich geltend gemacht werden soll, ist unbedingt das Prozessrisiko abzuwägen: So muss sich der Gläubiger über die möglicherweise durch das Gerichtsverfahren entstehenden Kosten informieren, ebenso wie über das Risiko, einen Prozess wegen möglicher Beweisschwierigkeiten zu verlieren. Die Klage wird vom Gericht zugestellt, wenn ein Gerichtskostenvorschuss einbezahlt ist. Gerichtskostenvorschuss, aber auch Vorschüsse für die Anwaltsgebühren richten sich nach dem Streitwert, also nach der einzuklagenden Summe.

Unbedingt sollte vor Erhebung der Klage geprüft werden, ob der Schuldner zahlungsfähig ist. Insbesondere, wenn es sich bei dem Schuldner um eine GmbH handelt, besteht das Risiko, dass die GmbH im Laufe des Prozesses zahlungsunfähig wird und Insolvenzantrag stellt. Gerichtliche Prozesse können zum einen sehr zeitintensiv aber auch kostspielig sein. Darüber hinaus ist die psychische Belastung durch die Prozessführung unter Umständen nicht zu vernachlässigen. Bei der Formulierung der Klage muss darauf geachtet werden, dass der geltend gemachte Anspruch rechtlich vollständig begründet wird und alle notwendigen Beweismittel zur Verfügung gestellt werden. Eine Zusammenarbeit zwischen dem Unternehmer und seinem Rechtsanwalt ist unabdingbare Voraussetzung für das Gelingen des Prozessunterfangens.

Eine Werklohnklage beispielsweise muss eine Dokumentation folgender Punkte aufweisen: Bauvertrag und Zusatzaufträge (sollten diese Verträge mündlich abgeschlossen worden sein, so ist besonderes Augenmerk auf die Beweisbarkeit durch Zeugenaussagen etc. zu legen). Aufgrund möglicher Beweisschwierigkeiten ist es immer anzuraten, möglichst alle Vereinbarungen lückenlos und vollständig schriftlich niederzulegen. Darüber hinaus muss die vertragsgemäße Leistungserbringung und die erfolgte Abnahme, am besten durch schriftliches Abnahmeprotokoll nachgewiesen werden. Bei bestimmten Bauverträgen (VOB/B!) ist eine prüfbare Schlussrechnung, die vollständig mit erforderlichen Unterlagen eingereicht werden muss, Voraussetzung für die Fälligkeit des Anspruchs. Darüber hinaus müssen Verzugsvoraussetzungen und Fälligkeitseintritt dargelegt und unter Beweis gestellt werden. Sofern der Gegner die Ausführungen des Gläubigers bestreitet, ist durch eine Beweisaufnahme der tatsächliche Hergang zu klären. Hier erweist sich eine ausführliche und vollständige Dokumentation als wesentliche Voraussetzung für das Gelingen der Beweisführung. Bei größeren Bauvorhaben beispielsweise sollten deshalb schon bereits zum Zeitpunkt der Vertragsanbahnung juristische Kenntnisse einfließen.

Das Unternehmen sollte prophylaktisch so organisiert sein, dass ein sorgfältiger Schriftverkehr mit den Vertragspartnern geführt wird und wichtige Ereignisse ordentlich dokumentiert werden! Immer auf mögliche Beweismittel (Urkunden / Zeugen / Beweissicherung durch gerichtlich bestellte Sachverständige) achten!

5.5 Effektive Zwangsvollstreckung

5.5.1 Einleitung

Durch die Zwangsvollstreckung wird der in einem Titel (beispielsweise Urteil oder Vollstreckungsbescheid) festgestellte Anspruch des Gläubigers mit staatlicher Hilfe durchgesetzt, falls der Schuldner nicht freiwillig aufgrund der Verurteilung leistet. Vollstreckungsgrundlage für die dem Gläubiger entstandenen Kosten (u.a. Gerichts- und Anwaltskosten) ist der sogenannte Kostenfestsetzungsbeschluss.



Bei der hier zu behandelnden Vollstreckung wegen Geldforderungen sind folgende Vermögensobjekte des Schuldners in Betracht zu ziehen, in die vollstreckt werden kann:

- *Bewegliches Vermögen* (wie beispielsweise PKW, Maschinen oder Bargeld, etc.)
- *Geldforderungen des Schuldners* (beispielsweise Arbeitslohn des Schuldners gegenüber dessen Arbeitgeber oder Werklohnforderungen des Schuldners gegenüber dessen Vertragspartner, etc.)
- *Unbewegliches Vermögen* (insbesondere Immobilien)

Je nach dem, in welches Objekt vollstreckt werden soll, erfolgt die Zwangsvollstreckung durch unterschiedliche Vollstreckungsorgane: Das können sein der Gerichtsvollzieher, das Vollstreckungsgericht oder das Prozessgericht, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat, oder das Grundbuchamt.

Die Vollstreckungsorgane werden nicht von selbst tätig: Der Gläubiger muss zunächst einen Antrag an das zuständige Vollstreckungsorgan stellen und über einen Vollstreckungstitel, also beispielsweise über ein Urteil oder einen rechtskräftigen Vollstreckungsbescheid verfügen. Das zuständige Gericht muss darüber hinaus eine Vollstreckungsklausel erteilt haben. Eine Vollstreckungsklausel ist der amtliche Vermerk, dass die entsprechende Ausfertigung des Urteils als Grundlage zur Zwangsvollstreckung dient. Darüber hinaus ist der Vollstreckungstitel an den Schuldner zuzustellen.

5.5.1.1 Sachpfändung

Bei der Sachpfändung erteilt der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher einen Pfändungsauftrag. Der Gerichtsvollzieher durchsucht die Räume des Schuldners oder auch den Schuldner selbst nach pfändbaren Gegenständen. Wenn der Gerichtsvollzieher einen pfändbaren Gegenstand findet, kann er ihn pfänden. Der Gerichtsvollzieher darf den Gegenstand nicht verkaufen, sondern ihn dem Gläubiger übergeben. Der Gläubiger kann den Gegenstand dann verkaufen oder ihn an den Schuldner zurückgeben.



mitnehmen, andere Sachen verbleiben beim Schuldner und werden mit einem Pfandsiegel („Kuckuck“) versehen. Dieses Pfandsiegel zeigt die vorgenommene Pfändung an und das Entfernen des Pfandsiegels oder das Veräußern einer gepfändeten Sache ist strafbar (§ 136 StGB). Wenn der Gerichtsvollzieher erfolgreich Geld gepfändet hat, so gibt er es an den Gläubiger ab. Gepfändete Sachen werden versteigert. Vom Versteigerungserlös werden zuerst die Versteigerungskosten abgezogen und der verbleibende Erlös wird an den Gläubiger ausbezahlt.

5.5.1.2 Forderungspfändung

Bei der Forderungspfändung erläßt auf Antrag des Gläubigers das Gericht einen sogenannten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss. Dabei muss der Drittschuldner, also der Schuldner des Schuldners, sowie die zu pfändende Forderung im Antrag genau bezeichnet werden. Den Drittschuldner trifft eine Auskunftspflicht dahingehend, ob und in welcher Höhe die angegebene Forderung besteht und ob er zur Zahlung bereit ist. Wenn der Drittschuldner nicht freiwillig zahlt, muss unter Umständen der Gläubiger gegen diesen aufgrund der gepfändeten und überwiesenen Forderung erneut gerichtlich vorgehen.

5.5.1.3 Zwangsvollstreckung in Immobilien

Bei der Zwangsvollstreckung in Immobilien gibt es drei Möglichkeiten: Eintragung einer Zwangshypothek, Versteigerung des Grundstücks und/oder Zwangsverwaltung.

Zwangshypothek

Wird eine *Zwangshypothek* zugunsten des Gläubigers eingetragen, so hat er damit noch keine finanziellen Vorteile, sichert sich aber eine gute Rangstelle im Grundbuch. Zahlt aufgrund der Zwangshypothek der Schuldner noch nicht freiwillig, muss der Gläubiger darüber hinaus eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung erheben und kann dann daraufhin die Zwangsversteigerung betreiben. Für den Schuldner ist es günstiger, das Grundstück freihändig, also auf dem Markt, zu verkaufen, als es versteigert zu bekommen. Deshalb kann er sich unter Umständen bemühen, durch freiwillige Zahlung die Löschung der Zwangshypothek aus dem Grundbuch zu erreichen.

Zwangsversteigerung

Bei der *Versteigerung des Grundstücks* wird an den Meistbietenden der Zuschlag erteilt. Der Erlös geht dann an die im Grundbuch eingetragenen Gläubiger. Dabei ist die Rangstelle der Eintragung entscheidend. Das heißt, erstrangig gesicherte Gläubiger werden vollständig vor den nachrangigen Gläubigern befriedigt. Darüber hinaus ist auch noch vorrangig die Staatskasse hinsichtlich der Verfahrenskosten zu befriedigen. Vom Antragsteller kann ein Kostenvorschuss verlangt werden, der mehrere Tausend Mark betragen kann, um damit den Sachverständigen, der den Wert der Immobilie errechnen soll, zu bezahlen.

Zwangsverwaltung

Bei der *Zwangsverwaltung* bekommt der Gläubiger die Einnahmen, die das Grundstück erzielt, beispielsweise Miet- oder Pachtzinsen. Dabei wird auf Antrag des Gläubigers vom Gericht ein Zwangsverwalter ernannt. Dieser vereinnahmt die Miet- und Pachteinnahmen und begleicht daraus die laufenden Grundstückskosten. Überschüsse aus den Einnahmen werden an die Gläubiger ausgeschüttet. Die Zwangsverwaltung ist kostenintensiv, da Gerichts- und Zwangsverwaltergebühren anfallen. Oft ist es günstiger, Mieten und Pachten im Wege der Forderungspfändung an sich zu ziehen. Andererseits wird bei angeordneter Zwangsverwaltung verhindert, dass der Schuldner mit ihm nahestehenden Personen langfristig Mietverträge abschließt, die den Wert des Grundstücks aushöhlen.

5.5.2 Taktik bei der Zwangsvollstreckung

5.5.2.1 Schuldnerrecherche

Für eine Zwangsvollstreckung ist die Kenntnis des Aufenthaltsortes des Schuldners erforderlich. Ist der Schuldner unbekannten Aufenthalts, so muss der Aufenthaltsort ermittelt werden. Dabei helfen weder Gericht noch Gerichtsvollzieher. Informationsquellen zur Aufenthaltsermittlung sind beispielsweise in gewichtigen Fällen die Beauftragung einer Detektei. Ansonsten kommen in Betracht:

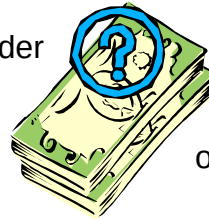
- Anfragen beim Einwohnermeldeamt des letzten bekannten Wohnsitzes
- Postauskunft
- Amtliches Fernsprechbuch, Branchenverzeichnisse und Telefonauskunft
- CD-ROMS mit Adressenverzeichnissen
- KFZ-Halteranfrage
- Gewerberegisterauskunft
- Anfrage beim Insolvenzgericht
- Anfrage beim Handelsregister
- Auskunft aus dem Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichts
- Anfrage bei der Handwerkskammer oder IHK
- Anfrage bei Wirtschaftsauskunfteien (wie z.B. Creditreform)
- Anfragen bei Geschäftspartnern, die mit dem Schuldner ebenfalls in Kontakt standen
- Anfragen bei Nachbarn
- Anfragen bei Banken, über die eigene Hausbank
- SCHUFA-Auskunft über Anfragen durch die eigene Bank

(Dieckert, Der Baubetrieb S. 173)

5.5.2 Vermögensrecherche

Das größte Problem bei der Zwangsvollstreckung ist, herauszufinden, welche pfändbaren Vermögenswerte der Schuldner besitzt. Unter Umständen lohnt sich hierbei sogar die Einschaltung eines Privatdetektivs. Bei Vermutung auf Grundbesitz beim Schuldner sollte das Grundbuch eingesehen werden. Bei Forderungspfändungen ist an Bankguthaben des Schuldners zu denken, aber auch an Forderungen des Schuldners gegenüber dem Finanzamt, beispielsweise auf Steuererstattung. Auch kann der Schuldner seinerseits Forderungen gegen seine Kunden haben, die auch der Pfändung unterliegen. Weitere mögliche, der Pfändung unterliegende Forderungen sind:

- Arbeitseinkommen innerhalb der gesetzlichen Pfändungsfreigrenzen
- Bankguthaben auf Girokonten und Sparguthaben oder sonstigen
- Gesellschaftsanteile an GmbH, GBR Gesellschaften
- Stammeinlagenforderungen einer GmbH gegen die Gesellschafter
- Ansprüche auf Herausgabe von Eigentum gegenüber Dritten
- Pfändung von Anwaltschaften bei Lieferungen unter Eigentumsvorbehalt
- Kaufpreisforderungen
- Ansprüche auf Darlehensrückzahlungen
- Schadensersatzansprüche
- Ansprüche aus Lebensversicherungen
- Ansprüche aus Übereignung eines Leasingobjekts zum Restwert
- Mietforderungen
- Rückzahlung von Nebenkostenpauschalen aus Mietverträgen
- Kautionsrückforderungsansprüche gegenüber dem Vermieter
- Steuererstattungsansprüche (insbesondere Vorsteuererstattung)
- Erbansprüche, falls der Erbfall eingetreten ist



(Dieckert, Der Baubetrieb, S. 174)

Näheres zur Taktik bei der Zwangsvollstreckung vgl. *Huber/Jochem, Schuldner zahlt nicht – was tun? Forderungen effektiv und erfolgreich eintreiben, Kapitel 3.2, Taktik bei der Zwangsvollstreckung.*

5.6 Antrag auf eidesstattliche Versicherung

Der Gläubiger muss, bevor er den Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch den Schuldner stellen kann, einen erfolglosen Mobiliarpfändungsversuch nachweisen. Das heißt, der Gerichtsvollzieher muss den Schuldner bereits aufgesucht und keine pfändbare Habe vorgefunden haben, was durch ein Pfandabstandsprotokoll belegt wird. Im Rahmen der eidesstattlichen Offenbahrungsversicherung muss der Schuldner vor dem Gerichtsvollzieher ein genaues Vermögensverzeichnis erstellen und die Richtigkeit der Angaben an Eides Statt versichern.



Dadurch erhält der Gläubiger Informationen über dem Schuldner gehörige Sachen oder Forderungen. Außerdem ist es möglich, zu überprüfen, ob der Schuldner Vermögensgegenstände ohne Gegenleistung weggeben hat, um sie der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Solche Verfügungen können gegebenenfalls rückgängig gemacht werden. Ergibt das Verzeichnis über das Vermögen des Schuldners Anlass zur Annahme, dass der Schuldner bereits bei Eingehung des Vertrages wusste, dass er aufgrund seiner Vermögensverhältnisse nicht in der Lage sein wird, die Verpflichtungen aus dem Vertrag zu begleichen, so ist an eine Strafanzeige wegen Betruges zu denken.

Die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ist für den Schuldner häufig sehr nachteilig: Nach Abgabe der eidesstattlichen Versicherung wird der Schuldner im Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichts (sogenannte schwarze Liste) geführt und jedermann kann dieses Verzeichnis einsehen. Auch die Auskunftsstelle der Banken (SCHUFA) bekommt Mitteilung. Dadurch verliert der Schuldner die Möglichkeit an seriöse Kredite zu kommen, erhält keine Kreditkarte und kein Mobiltelefon mehr. Außerdem kann er bei Versandhäusern keine Waren mehr bestellen. Wird der Schuldner zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vorgeladen und kommt dieser Vorladung nicht nach, so kann er per Haftbefehl vorgeführt werden und so lange in Beugehaft genommen werden, bis er die eidesstattliche Versicherung abgibt. Der Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ist zum einen häufig ein wirksames Druckmittel gegen den Schuldner, um ihn zur freiwilligen Leistungserbringung zu veranlassen. Darüber hinaus hat der Gläubiger aufgrund der abgegebenen eidesstattlichen Versicherung die Möglichkeit, Informationen über das Vermögen des Schuldners zu erhalten.

5.7 Insolvenzantragstellung gegen Schuldner durch Gläubiger

Voraussetzung für den Gläubigerantrag gegen eine Schuldner auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist eine erfolglose Zwangsvollstreckung sowie eine sogenannte „Fruchtlosigkeitsbescheinigung“ des Gerichtsvollziehers. Wenn der Schuldner sein Unternehmen noch retten will, mag es sein, dass er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Zahlung an den Gläubiger noch abwenden will. Die Insolvenzantragstellung durch den Gläubiger birgt jedoch die Gefahr der Kostenbelastung für den Gläubiger in sich, insbesondere wenn der Antrag mangels Masse abgewiesen wird. Für die bisher aufgelaufenen Kosten des Insolvenzverfahrens haften neben dem Schuldner, bei dem oft nichts zu holen ist, auch der Antragsteller.

6. Factoring

Will der Gläubiger nicht selbst oder selbst mit Hilfe eines Rechtsanwalts für die Beitreibung seiner Forderungen sorgen, so kann er die Forderungen auch an ein sogenanntes Factoringinstitut verkaufen und übertragen. Sofern, wie beim echten Factoring, das Factoringinstitut das Risiko der Forderungsbeitreibung übernimmt, läßt es sich diese Risikoübernahme von dem die Forderung verkaufenden Gläubigern natürlich entsprechend teuer bezahlen.

Kontaktadresse:

Deutscher Factoring-Verband e.V., 55116 Mainz, Rheinallee 3d, Tel.: 06131/2877070

7. Inkassounternehmen



Eine andere Möglichkeit der Forderungsfremdbetreibung ist die Beauftragung eines professionellen Inkassoinstituts, das für den Unternehmer die Forderung eintreibt. Auch hier fallen unter Umständen oft erhebliche Gebühren an, die der Unternehmer manchmal bei effizienterer Eigenbetreibung sparen könnte.

Kontaktadresse:

Bundesverband Deutscher Inkassounternehmen e.V., Brennerstraße 76, 20099 Hamburg,
Tel.: 040/2808260

8. Reformbestrebungen des Gesetzgebers: EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr und Schuldrechtsmodernisierungsgesetzentwurf

8.1 *EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr*

Die **Umsetzungsfrist** für die EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr läuft bis zum 07. August 2002. Durch das unten genannte Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das im Entwurfsstadium vorliegt, soll diese Richtlinie bereits zum 01.01.2002 umgesetzt werden. Nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers ist der Umsetzungsbedarf nicht besonders hoch. Insbesondere soll die derzeit geltende Regelung im § 284 Abs. 3 BGB technisch korrigiert werden, indem der Verzugseintritt 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder eines entsprechenden Schreibens **zusätzlich** zum Verzugseintritt führt. Die **Verzugszinshöhe** soll darüber hinaus **weiter angehoben** werden bei Rechtsgeschäften zwischen Unternehmen. Im übrigen bestehen bereits nach der jetzigen Gesetzeslage Vorschriften, die der Richtlinie genüge tun.

8.2 *Schuldrechtsmodernisierungsgesetzentwurf (SRMG-E)*

8.2.1 *Verjährungsfristen auch für Vergütungsansprüche neu*

Nach dem SRMG-E sollen **Vergütungsansprüche** künftig erst nach **3 Jahren** verjähren. Dies würde beispielsweise **auch die Werklohnansprüche der Bauunternehmer** betreffen.

An dieser Stelle sei auf eine **Änderung** auch in den **Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche** hingewiesen: Gemäß § 196 Abs. 1 SRMG/E soll der Anspruch aus einem Werkvertrag wegen **Mangels eines Bauwerks** wie bisher **in 5 Jahren** verjähren. **Neu** ist die Regelung in § 196 Abs. 2 SRMG/E: Danach soll der **Anspruch wegen der Lieferung mangelhafter Stoffe oder Materialien, die bestimmungsgemäß zur Herstellung eines Bauwerks** verwendet werden und dessen Mangelhaftigkeit verursacht ha-

ben, **erst in 5 Jahren, statt wie bisher in 6 Monaten**, verjähren! Gemäß § 198 Abs. 4 SRMG/E soll die Verjährung der genannten Ansprüche wegen eines Mangels der verkauften Sache oder des Werks in dem Zeitpunkt **beginnen**, in dem die Sache oder das Werk dem anderen Teil **zur Verfügung gestellt wird**. Es wird also nicht mehr auf die Abnahme abgestellt.

8.2.2 *Neue Regelungen über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung*

Durch Mahnbescheid oder Klage soll künftig die Verjährung nicht mehr unterbrochen, sondern nur noch gehemmt werden.

8.2.3 *Verzug und Verzugszinsen*

Gemäß § 283 SRMG/E soll die oben angesprochene **Verzugseintritt 30-Tage-Regelung** bei Geldforderungen **zusätzlich** gelten und nicht einen früheren Vertragseintritt verhindern. Außerdem soll gemäß § 285 SRMG/E der **reguläre Verzugszinssatz 5 Prozentpunkte** und **bei Geschäften im Geschäftsverkehr 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz** betragen!

Es ist noch sehr fraglich und auch **umstritten, ob der Entwurf** des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 01.01.2002 **vollständig umgesetzt** werden wird. **Zum einen** besteht aufgrund zahlreicher zu diesem Datum umzusetzenden EG-Richtlinien ein **Handlungszwang** für die Bundesrepublik Deutschland. Andererseits bestünde auch die Möglichkeit, keine so umfassende Reform, wie durch das SRMG/E intendiert, auf den Weg zu bringen, sondern nur eine sogenannte „**kleine Lösung**“, das heißt lediglich eine Umsetzung der EG-Richtlinien. Sehr instruktiv sind diesbezüglich die Ausführungen des Symposiums Schuldrechtsmodernisierung 2001 vom 17./18.11.2000 in Regensburg (NJW 2001, S. 424 ff).



9. Kontrollfragen

Frage 1:

Nennen Sie interne Informationsquellen bei der Bonitätsprüfung eines Kunden!

Frage 2:

Nennen Sie externe Informationsquellen bei der Bonitätsprüfung eines Kunden!

Frage 3:

Nennen Sie Kreditsicherungsmittel zur Forderungsabsicherung!

Frage 4:

Wann kann ein Gläubiger die Leistung verlangen (m.a.W.: wann tritt „Fälligkeit“ ein)?

Frage 5:

Was ist eine „Mahnung“? Worauf ist zu achten bei Mahnungserstellungen?

Frage 6:

Welche finanziell für den Schuldner nachteilige Folge tritt im Schuldnerverzug ein?

Frage 7:

Welche gerichtliche Möglichkeit der Forderungsdurchsetzung gibt es neben Klageerhebung noch?

Frage 8:

In welche Vermögensobjekte des Schuldners kommt eine Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in Betracht?

Frage 9:

Welche Möglichkeiten gibt es bei Zwangsvollstreckung in Immobilien?

Frage 10:

Welche Punkte sollte der Gläubiger vor Zwangsvollstreckung recherchieren?

Frage 11:

Welche Möglichkeit besitzt (insbesondere) der Gläubiger zur Forderungseintreibung nach erfolgloser Zwangsvollstreckung und sog. „Fruchtlosigkeitsbescheinigung“ durch den Gerichtsvollzieher?



10. Antworten

Antwort 1:

Informationen über das Zahlungsverhalten des Kunden ergeben sich u.U. aus dem Rechnungswesen. Es ist zu prüfen,

- welches Zahlungsziel der Kunde in Anspruch nimmt,
- ob er Zahlungsziele öfters überschreitet,
- ob Stundungsgesuche vorliegen,
- ob Inkassomaßnahmen bereits erforderlich waren.

Auch aus dem Vertrieb können Hinweise entnommen werden:

- ob etwa der Kunde hohe Lagerbestände hat,
- zum Zustand der Produktionsstätten,
- zum Image der Produkte,
- über Gewährung „außergewöhnlicher“ Rabatte.

Antwort 2:

Informationen über den Kunden geben Wirtschaftsauskunfteien. Auch können Bilanzdaten des Kunden geliefert werden. Bankauskünfte über juristische Personen

und im Handelsregister eingetragene Kaufleute sind bei der Hausbank zu erhalten.
Daneben wichtige Informationsquelle: SCHUFA - Auskünfte

Antwort 3:

Sicherungszeession, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, Grundschild, Hypothek, Pfandrechtsbestellung an beweglichen Sachen und Forderungen, Bürgschaft, Schuldbeitritt, Patronatserklärung, Garantieerklärungen.

Antwort 4:

- Im Zweifel: Gem. § 271 BGB sofort, falls für die Leistung eine Zeit weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist.
- Vorrangig: Individuelle Vertragsvereinbarungen (Beachte: Sonderregelungen, die Zugang der Rechnungsstellung als Fälligkeitserfordernis postulieren, z.B. § 16 Nr. 3 VOB/B)
- Ebenfalls vorrangig vor § 271 BGB: Gesetzliche Sonderregelungen (z.B. § 551 BGB bei Miete)

Antwort 5:

Eine Mahnung ist ein ernsthaftes und eindeutiges Erfüllungsverlangen.

Zu beachten ist, dass bei aller gebotener Höflichkeit ein allzu freundliches Schreiben von der Rechtsprechung nicht als Mahnung akzeptiert wird. Beispielsweise ist die bloße Fälligkeitsmitteilung keine Mahnung, auch die Aufforderung zur Erklärung der Leistungsbereitschaft wird nicht als solche gesehen.

Antwort 6:

Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen. (Neuerdings mindestens 5% über dem Basiszinssatz, z.Zt. etwa 9%)

Antwort 7:

Die Durchführung des „gerichtlichen Mahnverfahrens“

Antwort 8:

- Bewegliches Vermögen
- Geldforderungen des Schuldners
- Unbewegliches Vermögen

Antwort 9:

- Eintragung einer Zwangshypothek zugunsten des Gläubigers
- Zwangsversteigerung mit Erlösauskehrung zugunsten des Gläubigers
- Zwangsverwaltung mit Einnahmenauszahlung an den Gläubiger

Antwort 10:

- Schuldnerrecherche, insbesondere Aufenthaltsort
- Vermögensrecherche, d.h. welche pfändbaren Vermögenswerte besitzt der Schuldner

Antwort 11:

Insolvenzantragsstellung

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 6: Titel: Handelsrecht
Referent : Prof. Dr. Josef Scherer
Sendetermin: 02.05.2001

Skriptum:

- Gliederung –

- 6. Handelsrecht**
- 6.1 Übersicht über das HGB**
 - 6.1.1 *Das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute*
 - 6.1.2 *Rechtsquellen des Handelsrechts*
 - 6.1.2.1 *Das geschriebene Handelsrecht*
 - 6.1.2.2 *Handelsbräuche*
- 6.2 Der Kaufmannsbegriff**
 - 6.2.1 *Der „Istkaufmann“*
 - 6.2.1.1 *Das Gewerbe*
 - 6.2.1.2 *Das Handelsgewerbe*
 - 6.2.2 *Der „Kannkaufmann“*
 - 6.2.3 *Kaufmann kraft Eintragung*
 - 6.2.4 *Die Formkaufleute*
 - 6.2.5 *Der Scheinkaufmann gem. § 5 HGB analog iVm. § 242 BGB*
- 6.3 Grundsätze der Firmenbildung / Firmenfortführung**
- 6.4 Das Handelsregister**
 - 6.4.1 *Die Bedeutung des Handelsregisters*
 - 6.4.2 *Der Inhalt des Handelsregisters*
 - 6.4.3 *Rechtswirkungen der Registereintragung – Publizitätswirkung der Registereintragung gem. § 15 HGB*
- 6.5 Das besondere Handelsgeschäft „Handelskauf“ gem. § 373 ff. HGB**
 - 6.5.1 *Verzögerungen beim Handelskauf (§§ 373 f. HGB)*
 - 6.5.2 *Besonderheiten der Mängelhaftung beim Handelskauf (§§ 377, 378 HGB) – die kaufmännische „Untersuchungs- und Rügeobliegenheit“*
- 6.6 Kontrollfragen**
- 6.7 Antworten**

6. Handelsrecht

6.1. Übersicht über das HGB

Literaturhinweis:

Führich, Wirtschaftsprivatrecht, Verlag Vahlen, München 1999, S. 6, 7 ff., 14 f., 40 ff., 249 ff.

Danne / Keil, Wirtschaftsprivatrecht I, Cornelsen Verlag, Berlin 2000, S. 31 ff.

6.1.1 Das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute

Das Handelsrecht wird bezeichnet als das Sonderprivatrecht der Kaufleute. Es dient vor allem den speziellen Anforderungen des Wirtschaftsverkehrs, für den das Bürgerliche Recht nicht immer adäquate Regelungen enthält. Der kaufmännische Rechtsverkehr zeichnet sich durch besondere Bedürfnisse aus:



- durch rasche Geschäftsabwicklung (dem wird beispielsweise im HGB Rechnung getragen durch das Erfordernis der unverzüglichen Mängelrüge §§ 377, 378 HGB)
- durch gesteigerten Vertrauensschutz (z.B. §§ 5, 15, 366 HGB)
- durch höhere Eigenverantwortlichkeit (z.B. §§ 348 bis 350 HGB)
- durch stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten (z.B. § 346 HGB)
- durch Professionalität, insbesondere Entgeltlichkeit (z.B. §§ 353, 354 HGB)



Das Handelsrecht steht aber nicht losgelöst vom BGB, sondern ist mit diesem eng verwoben. So werden Normen des BGB zum Teil durch das Handelsrecht ergänzt (für die Sachmängelgewährleistung stellen beispielsweise §§ 377, 378 HGB zusätzliche Erfordernisse neben den §§ 459 ff. BGB auf), andere Normen des BGB werden durch das HGB vollständig verdrängt (vgl. für das Fixgeschäft § 376 HGB statt § 361 BGB).

Weitere Beispiele für die Verbindung zwischen HGB und BGB:

- In den §§ 48 ff. HGB wird das Vertretungsrecht der §§ 164 ff. BGB um die handelsrechtliche Prokura und die Handlungsvollmacht erweitert.

- Laut BGB muss bei Rechtsgeschäften „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ beachtet werden (§ 276 BGB). In § 347 HGB wird bestimmt, dass der Kaufmann bei seinen Handelsgeschäften für „die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ einzustehen habe. Gegenüber dem Nichtkaufmann unterliegt dieser damit einer generell erhöhten Sorgfaltspflicht.

In allen Bereichen, in denen für die Kaufleute keine speziellen Regelungen gelten sollen, führt das HGB nichts aus; somit finden dann die allgemeinen Regeln des BGB Anwendung.

Ein praktisch sehr relevantes Beispiel für die Formerleichterungen des Handelsrechts ist die Form(un)bedürftigkeit einer Bürgschaftserklärung. Gem. § 766 BGB ist zur Wirksamkeit einer Bürgschaftserklärung die Schriftform vorgeschrieben. Wird die Schriftform nicht eingehalten, so ist das Bürgschaftsversprechen mit seinen weitreichenden Konsequenzen nichtig (§§ 125, 126 BGB). Anders, wenn ein Kaufmann beteiligt ist. Auf eine Bürgschaft findet gem. § 350 HGB die Formvorschrift des § 766 I BGB keine Anwendung, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein „Handelsgeschäft“ ist (zum Handelsgeschäft siehe unten 6.5.). Hier wird besonders deutlich, dass das HGB dem Kaufmann ein geringeres Maß an Schutzbedürftigkeit und im Gegenzug höhere Eigenständigkeit zubilligt.

6.1.2. Rechtsquellen des Handelsrechts

6.1.2.1. Das geschriebene Handelsrecht

Die zentrale Rechtsquelle des Handelsrechts ist das HGB. Dennoch befinden sich zum Teil wesentliche Gebiete in selbstständig geregelten Gesetzeswerken: So wurde das eng mit dem Handelsverkehr verbundene Wechsel- und Scheckrecht in eigenen Gesetzen zusammengefasst, auch das ursprünglich im HGB normierte Recht der Aktiengesellschaften wurde in einem eigenen Aktiengesetz geregelt. Zum Handelsrecht zählt auch das Bank- und Börsenrecht, das Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, das Versicherungsrecht u.v.m.



Im Folgenden soll jedoch nur das HGB näher behandelt werden. Das HGB umfasst fünf Bücher, von denen für den Student besonders Folgende wichtig sind:

- 1. Buch (§§ 1 – 104 HGB): Der Handelsstand („allgemeiner Teil“ des HGB mit Regeln über die Kaufmannseigenschaft, Vorschriften zum Handelsregister und zur Handelsfirma sowie Vorschriften zu den Gehilfen eines Kaufmannes);
- 2. Buch (§§ 105 ff. HGB): Handelsgesellschaften (Recht der Offenen Handelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaften);
- 4. Buch (§§ 343 ff. HGB): Handelsgeschäfte (Recht der typischen von Kaufleuten ausgeführten Rechtsgeschäfte, im Einzelnen: Handelskauf, Kommissions-/ Speditionsgeschäfte, Lager- und Frachtgeschäfte).

6.1.2.2. Handelsbräuche

Ein bedeutender Teil des Handelsrecht ist nicht schriftlich fixiert: die Handelsbräuche. Bei ihnen handelt es sich um die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten, die je nach Geschäftszweig unterschiedlich ausgestaltet sein können. Gemäß § 346 HGB sind sie im Handelsverkehr geltendes Recht. Der Handelsbrauch ist Ausdruck der kaufmännischen Verkehrssitte, auf deren Einhaltung sich Kaufleute verlassen können sollen, wenn sie mit anderen Kaufleuten Geschäfte abschließen. So besteht z. B. im Reiseverkehrsgewerbe der Handelsbrauch, nach dem ein Reisebüro von einem Hotelreservierungsvertrag bis drei Wochen vor der vorgesehenen Ankunft der Reisegruppe zurücktreten kann, ohne zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein.

Handelsbrauch sind auch die zahlreichen Kurzformeln, die in den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Verträge zwischen Kaufleuten verwendet werden.

Beispiele für im Handelsbrauch übliche Kurzformeln:

- „Selbstbelieferung vorbehalten“: Der Verkäufer einer Ware will sich von jeder Haftung befreien für den Fall, dass er selbst nicht rechtzeitig mit den Waren (beispielsweise den Rohmaterialien) beliefert wird.
- „fob“ = Free on board (frei Schiff): Transportkosten und Gefahr der Verschlechterung und des Untergangs sollen auf den Käufer übergehen, sobald die Ware die Schiffsreling überquert.
- „cif“ = cost, insurance, freight (Kosten, Versicherung, Fracht): Lieferant trägt Verladekosten, Seefracht und Seeversicherung bis zum Bestimmungshafen, Transportrisiko geht jedoch im Verschiffungshafen bereits über.

- „Angebot freibleibend“ = Aufforderung an den Empfänger des Angebots, seinerseits ein Angebot zum Vertragsabschluss zu machen, das dann der Auffordernde annehmen oder ablehnen kann.

Tipp: Lesen Sie § 346 HGB in einem HGB-Kommentar (z.B. Baumbach/Hopf); dort finden Sie eine Liste der gebräuchlichen Handelsklauseln.

6.2. Der Kaufmannsbegriff

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 30 ff.

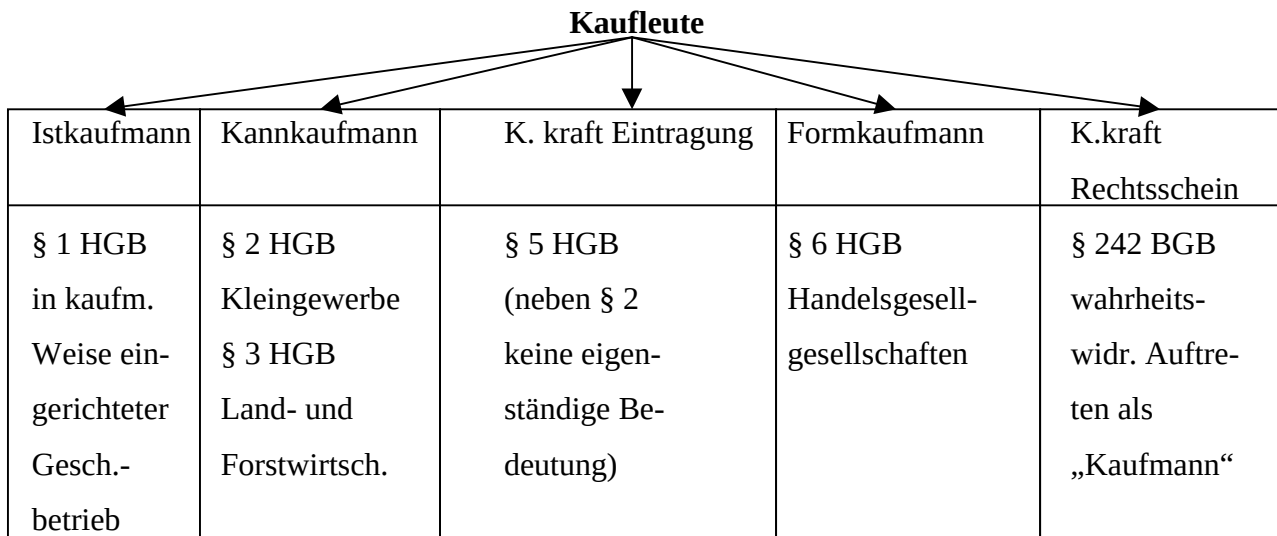
Führich S. 40 ff.



Grundsätzlich gilt das Handelsrecht nur für Kaufleute. Die Kaufmannseigenschaft kann als „Eintrittskarte“ in das HGB bezeichnet werden. Der Kaufmann ist entweder eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine handelsrechtliche Personenvereinigung (z.B. OHG, KG). Erst wenn die Kaufmannseigenschaft fest steht, sind die speziellen handelsrechtlichen Vorschriften anwendbar (z.B. die Befugnis zur Firmenführung gem. § 17 ff. HGB oder die kaufmännische Buchführungspflicht gem. §§ 238 ff. HGB). Auch Vorschriften, die nicht im HGB geregelt sind, knüpfen an die Kaufmannseigenschaft an, beispielsweise § 1 I VerbraucherkreditG oder § 38 I ZPO, welcher Gerichtsstandsvereinbarungen nur unter Kaufleuten gestattet.

Das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 hat den Kaufmannsbegriff neu geordnet, u.a. ist der „Sollkaufmann“ und der Begriff des „Minderkaufmanns“ weggefallen.

Übersicht: Kaufleute



Im Einzelnen:

6.2.1. Der „Istkaufmann“

Nach § 1 I HGB ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt“.

„Betreiber“ eines Handelsgewerbes ist derjenige, in dessen Namen das Gewerbe geführt wird, der mithin aus den abgeschlossenen Verträgen persönlich verpflichtet und berechtigt wird (bei der juristischen Person ist dies die GmbH selbst, nicht aber der Geschäftsführer).

Zu klären ist des weiteren, wann von einem „Handelsgewerbe“ gesprochen werden kann.

Ein „Handelsgewerbe“ ist nach § 1 II HGB grundsätzlich jeder Gewerbebetrieb mit Ausnahme solcher Unternehmen, die nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordern. Dies sind die „Kleingewerbebetriebe“.

Kaufmannseigenschaft und Handelsgewerbe bedingen somit einander. Die sachlogische Kette lautet danach:

Gewerbe $\Rightarrow$ Handelsgewerbe $\Rightarrow$ Kaufmannseigenschaft

6.2.1.1. Das Gewerbe

„Gewerbe“ ist jede äußerlich erkennbare, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung ausgeübte Tätigkeit, die nicht „freier Beruf“ ist.

(1) „Selbstständige Tätigkeit“: Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. hierzu § 84 I 2 HGB, der im Zusammenhang mit dem Handelsvertreter diese Kriterien nennt). Nicht abzustellen ist im Übrigen auf die Einkommensverhältnisse.

Beispiel:

Der Generaldirektor eines Automobilkonzerns ist mangels Selbstständigkeit regelmäßig kein Gewerbetreibender, weil er sich üblicherweise im Angestelltenverhältnis befindet.

(2) „Planmäßig und auf gewisse Dauer“: Die Tätigkeit darf nicht nur gelegentlich betrieben werden, um als Gewerbe anerkannt zu werden.

Beispiel:

Wer einmalig für die Hochzeit eines Freundes die Bewirtung und Organisation gegen Bezahlung übernimmt, ist kein Gewerbetreibender. Erkennt er dies jedoch als Geschäftsidee und beabsichtigt deshalb, einen Partyservice zu eröffnen, wandelt sich seine rechtliche Eigenschaft.

(3) Die Tätigkeit muss „nach außen hin“ in Erscheinung treten: Die innere, für Dritte nicht erkennbare Absicht genügt nicht für den Gewerbebegriff.

Beispiel:

Kein Gewerbetreibender ist der „heimliche“ Börsenspekulant oder der „Stille Teilhaber“ an einem Handelsgewerbe (§ 230 HGB).

(4) Die Tätigkeit muss mit „Gewinnerzielungsabsicht“ ausgeübt werden.

Wer nur kostendeckend wirtschaftet, sei es aus auch aus karitativen oder sozialen Gründen, betreibt kein Gewerbe.



Beispiel: Der Betreiber einer „Kleiderkammer“, in welcher Altkleider kostenlos an Bedürftige ausgegeben werden, ist kein Gewerbetreibender.

(5) Die Tätigkeit darf „nicht wissenschaftlicher, künstlerischer oder freiberuflicher Natur“ sein. Freiberufler sind z. B. Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerprüfer oder Architekten (vgl. hierzu § 1 II Partnerschaftsgesellschafts-Gesetz). Diese Ausnahme rechtfertigt sich heute allein aus historischen Gründen und aus der sozialen Anschauung.

(6) Ebenso wenig fallen Land- und Forstwirte unter den Gewerbebegriff, da für diese Berufsgruppen das HGB in § 3 HGB Sonderregeln aufstellt.

(7) Ob die Tätigkeit auch „erlaubt“ sein muss ist umstritten. Nach der traditionellen und wieder zunehmenden Lehre muss die beabsichtigte gewerbliche Tätigkeit den Abschluss rechtlich wirksamer Verträge zum Gegenstand haben. Gewerbsmäßiger Wucher, Hehlerei oder Prostitution begründen nach dieser Ansicht kein Gewerbe.

Die Gegenansicht bejaht auch bei gesetzeswidriger Tätigkeit ein Gewerbe. Dieser Streit hat jedoch wenig praktische Relevanz. Die Prüfung etwa, ob ein nach § 134 BGB nichtiger Kaufvertrag ein Handelskauf sei, kommt in der Praxis kaum vor.

6.2.1.2. Das Handelsgewerbe

Nicht jedes „Gewerbe“ ist auch ein „Handelsgewerbe“. Fraglich ist somit, ab wann aus einem „Gewerbe“ rechtlich ein „Handelsgewerbe“ wird.

Nach § 1 II HGB ist jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe, *es sei denn*, dass das Unternehmen „nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb *nicht* erfordert (Kleingewerbe)“.

Die Abgrenzung bereitet der Praxis wie auch dem Studenten häufig Schwierigkeiten. Zunächst ist wichtig zu verstehen, was unter „kaufmännischer Einrichtung“ zu verstehen ist. Zur kaufmännischen Einrichtung gehört alles, was zur ordentlichen Abwicklung des Gewerbebetriebs erforderlich ist (z.B. Buchführung, kaufmännische Angestellte, Firmenname).

Ob eine solche Einrichtung erforderlich ist, muss im Einzelfall auf Grund aller Umstände ermittelt werden. Liegt beispielsweise ein Schreinereibetrieb vor, so spricht Einzelanfertigung für ein Kleingewerbe, die Abwicklung von Großaufträgen, Serienfertigung, Arbeitsteilung und die Beschäftigung von Angestellten für einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb.

Übersicht: Kriterien, die zur Abgrenzung Gewerbe – Kleingewerbe herangezogen werden können:

Kriterien für „Art“ des Geschäftsbetriebs	Kriterien für „Umfang“ des Gesch.betr.
Komplexität der Geschäftsvorgänge Vielfalt des Geschäftsgegenstandes Bilanzierung Art der betrieblichen Organisation Umfang der Geschäftskorrespondenz Inanspruchnahme von Kreditzahlungen Teilnahme an Scheck-/ Wechselverkehr	Anzahl der Beschäftigten Jahresumsatz Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens Anzahl der Betriebsstätten Größe der Betriebsstätten

Entscheidend ist im Übrigen nicht, ob der Gewerbetreibende „tatsächlich“ einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb führt, sondern ob Art und Umfang es („eigentlich“) erfordern.

6.2.2. Der „Kannkaufmann“



Gemäß § 2 HGB gilt jedes „im Handelsregister eingetragene“ gewerbliche Unternehmen als Handelsgewerbe, selbst wenn es „nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist“, d.h. auch dann, wenn es sich um ein Kleingewerbe handelt, das nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Der Unternehmer eines Kleingewerbes *kann* somit die Kaufmannseigenschaft nach seinem Willen begründen, wenn der die („konstitutive“) Eintragung ins Handelsregister veranlasst. Somit haben auch Kleingewerbetreibende die Möglichkeit, von den Vorzügen der Kaufmannseigenschaft zu profitieren (beispielsweise

kann der Inhaber einer kleinen Werkstatt seinem einzigen Angestellten gem. § 48 HGB Prokura erteilen).

Land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmen sowie deren Nebenbetrieben, die nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, wird nach § 3 HGB die Möglichkeit eröffnet, durch Eintragung ins Handelsregister die Kaufmannseigenschaft zu erlangen.

Übersicht:

Gewerbebetriebe

§ 1 II HGB Handelsgewerbe (kaufmännisch)	§ 2 HGB - Handelsgewerbe (kaufmännisch)	} Eintragung (+) } Eintragung (-)
	kein Handelsgewerbe (nicht kaufmännisch)	
Nach Art und Umfang kaufmännischer Betrieb erforderlich	Nach Art oder Umfang kaufmännischer Betrieb nicht erforderlich	

6.2.3. Kaufmann kraft Eintragung

Ist die Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe (§ 5 HGB).

6.2.4. Die Formkaufleute

Kaufleute (allein schon) wegen der Rechtsform des Unternehmens sind gem. § 6 HGB die Handelsgesellschaften. Hierzu gehören alle in das Handelsregister einzutragenden Gesellschaften, wie beispielsweise die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder die Aktiengesellschaft (AG).

Formkaufmann ist aber nur die Gesellschaft selbst, nicht etwa die Vorstandsmitglieder und die Aktionäre der AG oder die Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH.

6.2.5. Der Scheinkaufmann gem. § 5 HGB analog iVm. § 242 BGB

Der Scheinkaufmann ist gewohnheitsrechtlich anerkannt und steht nicht ausdrücklich im HGB. Er ist kein Kaufmann im eigentlichen Sinne, sondern wird lediglich aus Verkehrsschutzgründen als solcher behandelt. Es würde dem Grundanliegen des HGB – zügige Geschäftsabwicklung im Handelsverkehr – widersprechen, müsste der Geschäftspartner die Kaufmannseigenschaft seines Gegenübers jeweils nachprüfen. Nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen muss sich derjenige, der im Rechtsverkehr den Rechtsschein eines Kaufmanns zurechenbar veranlasst, gutgläubigen Dritten gegenüber auch als Kaufmann behandeln lassen.

Beispiel: K betreibt einen kleinen Getränkeladen und ist nicht im Handelsregister eingetragen. Tritt er im Geschäftsverkehr als „K internationaler Getränkegroßhandel Im- und Export“ auf, muss er sich gutgläubigen Geschäftspartnern gegenüber wie ein Kaufmann behandeln lassen.

6.3. Grundsätze der Firmenbildung / Firmenfortführung

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 34 ff.

Führich S. 45 ff.



Wenn der Kaufmann in „seine Firma“ geht, so meint er im umgangssprachlichen Sprachgebrauch sein Unternehmen. Dies stimmt mit der juristischen Bedeutung des Begriffs „Firma“ nicht überein.

Nach dem Handelsrecht ist Firma ausschließlich der „Name des Kaufmannes im Handelsverkehr“, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (§ 17 I HGB). Da die Firma den Inhaber des Unternehmens individualisieren soll, muss zum Schutz des Rechtsverkehrs sichergestellt werden, dass die Firma den Unternehmensträger

auch zutreffend angibt und nicht über ihn täuscht. Zu diesem Zweck geben die §§ 18 ff. HGB zwingende Vorschriften darüber, wie die Firma zu lauten hat.

Es gelten im Einzelnen folgende Firmengrundsätze:

- „Firmenunterscheidbarkeit“: Die Firma muss zur Kennzeichnung geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 I HGB). Sie muss sich ferner von allen an demselben Ort eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden (notieren Sie sich § 30 I HGB neben § 18 I HGB).
- „Firmenwahrheit“: Die Firma darf keine irreführenden Angaben enthalten (§ 18 II HGB). Weiterhin ist ein Rechtsformzusatz erforderlich (§ 19 HGB), z.B. „Meier **KG**“.
- „Firmenbeständigkeit“: Die Firma darf in bestimmten Fällen unverändert bestehen bleiben, obwohl sie unrichtig (unwahr) geworden ist (§§ 21, 22 HGB).
- „Firmeneinheit“: Ein Kaufmann darf für ein- und dasselbe Unternehmen nur eine Firma führen.
- „Firmenöffentlichkeit“: Die Firma muss in der Öffentlichkeit kundgegeben werden. Dem entspricht die Eintragungspflicht ins Handelsregister (§ 29 HGB) und die Veröffentlichungspflicht auf Geschäftsbriefen (§§ 37a, 125a HGB, § 35a GmbHG, § 80 AktG).

Führt jemand eine Firma unberechtigt (z.B. Gebrauch einer unzulässigen Firma), so wird der Schutz der Firma in zweifacher Hinsicht gewährleistet:

- Registerrechtlich durch das Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 I HGB;
- Privatrechtlich durch Ansprüche Dritter (insbesondere aus § 15 MarkenG und § 37 II HGB), die auf Unterlassung klagen können, wenn sie durch den unzulässigen Firmengebrauch in ihren Rechten verletzt werden.

Daneben ist in der Praxis von besonderer Relevanz, dass die „Firma“ nur zusammen mit dem „Handelsgeschäft“, für welches sie geführt wird, veräußert werden kann (§ 23 HGB). Geschieht dies, so haftet der Erwerber gem. § 25 I 1 HGB grundsätzlich für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers. Eine abweichende Vereinbarung zwischen Altinhaber und Neuinhaber entfaltet Wirksamkeit

gegenüber Dritten nur dann, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden ist oder dem Dritten direkt mitgeteilt wird (§ 25 II HGB).

Die Haftung des Erwerbers tritt neben die des Altinhabers, der für maximal fünf Jahre als Gesamtschuldner für Altverbindlichkeiten eintreten muss (§ 26 I HGB).

Wird ein zu einem Nachlass gehörendes Handelsgeschäft von den Erben „fortgeführt“, so findet auf die Erbenhaftung die Regelung des § 25 HGB gem. § 27 HGB entsprechende Anwendung. Will der oder die Erben das Handelsgeschäft über die dreimonatige Bedenkfrist fortführen, kann er seine Haftung nur nach Maßgabe von § 25 II HGB auf den Nachlass beschränken (§ 27 I HGB).

Eine weitere Haftungsnorm findet sich in § 28 I HGB: Tritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns jemand als persönlich haftender Gesellschafter ein (wodurch eine OHG gem. § 105 I HGB entsteht) oder als Kommanditist ein (dann KG gem. § 161 I HGB), so haftet die neu entstandene Gesellschaft für alle Verbindlichkeiten des ehem. Einzelunternehmers, unabhängig davon, ob sie die frühere Bezeichnung (Firma) fortführt oder nicht. Abweichende Vereinbarungen regelt § 28 II HGB.

6.4. Das Handelsregister

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 36 ff.

Führich S. 49 ff.

6.4.1. Die Bedeutung des Handelsregisters

Zuverlässige Informationen über gegenwärtige oder künftige Geschäftspartner sind im Handelsverkehr Grundvoraussetzung für sachgerechte unternehmerische Entscheidungen. Das Handelsregister, welches bei den Amtsgerichten geführt wird, leistet Gewähr für die notwendige Transparenz im täglichen kaufmännischen Miteinander. Es bietet die Möglichkeit, sich Auskunft über die wichtigsten Rechtsverhältnisse eines Geschäftspartners zu verschaffen, z.B. über Firma, Firmensitz oder Vertretungsverhältnisse.



Die Einsicht ist jedermann, also nicht nur Kaufleuten gestattet (§ 9 HGB).

6.4.2. Der Inhalt des Handelsregisters

Das Handelsregister besteht aus zwei Abteilungen:

- In Abteilung A werden Einzelkaufleute sowie die Handelsgesellschaften des HGB (OHG, KG) eingetragen.
- In Abteilung B werden die Kapitalgesellschaften (AG, GmbH u.s.w.) eingetragen.

Den Gegenstand der Eintragung bestimmt das Gesetz. Es unterscheidet zwischen „eintragungspflichtigen“ und „eintragungsfähigen“ Tatsachen.

Zu den „eintragungspflichtigen“ Tatsachen zählen insbesondere:

- Firma und Ort der Handelsniederlassung (§ 29 HGB)
- Änderung und Erlöschen der Firma und Änderungen bei den Inhabern und Verlegung der Niederlassung (§ 31 HGB)
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 32 HGB)
- Betrieb einer Handelsgesellschaft (§ 106 HGB, zu den einzelnen Angaben vgl. dort, vgl. § 162 HGB für die Kommanditgesellschaft)
- Auflösung einer Gesellschaft bzw. Ausscheiden einzelner Gesellschafter (§ 143 HGB)

„Eintragungsfähig“ sind Umstände, deren Anmeldung zum Handelsregister im Belieben des Kaufmanns steht. Meistens knüpft das Handelsrecht aber an die Nichteintragung Nachteile für den Kaufmann (vgl. beispielsweise die eintragungsfähige Tatsache des Haftungsausschlusses zwischen Altinhaber und Firmenübernehmer gem. § 25 II HGB, der nur im Falle der Eintragung Rechtswirkung Dritten gegenüber erhält, s.o.)

6.4.3. Rechtswirkungen der Registereintragung – Publizitätswirkung der Registereintragung gem. § 15 HGB

Die Rechtswirkungen der Registereintragung zeigen sich vor allem in deren Publizitätswirkungen gem. § 15 HGB. § 15 HGB ist von der Formulierung wenig geglückt. Die Norm ist kompliziert gefasst und daher schwer verständlich.

Zum besseren Verständnis sollen zunächst drei Fragen vorangestellt werden:

- Kann ein Dritter behaupten, er habe eintragungspflichtige Umstände nicht gekannt, wenn dieselben ordnungsgemäß eingetragen und bekannt gemacht worden sind?
- Kann sich der Kaufmann Dritten gegenüber auf Umstände berufen, zu deren Eintragung er verpflichtet war, wenn Eintragung und Bekanntmachung unterblieben sind?
- Kann ein Dritter sich auf eingetragene und bekannt gemachte Tatsachen verlassen?

Die Antworten hierauf gibt § 15 HGB.

Den Grundsatz formuliert § 15 II HGB.

Ist die Tatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muss sie ein Dritter *gegen* sich gelten lassen. Ein Dritter kann sich beispielsweise nicht mehr darauf berufen, das Erlöschen der Prokura seines Verhandlungspartners nicht gekannt zu haben, wenn diese eingetragen und bekannt gemacht worden ist. Eine Ausnahme formuliert § 15 II 2 HGB. Nur wenn der Vertrag innerhalb von fünfzehn Tagen nach der Bekanntmachung abgeschlossen wird („Schonfrist“), kann der Dritte seine Unkenntnis einwenden, sofern er beweist, dass er die Tatsache weder kannte noch kennen musste. § 15 II HGB wirkt nur *gegen* Dritte. Auf die Frage, ob sich Dritte auf Eintragungen berufen können, gibt § 15 II HGB keine Antwort.

Beispiel:

Scheidet ein Gesellschafter aus einer OHG aus, so ist dies gem. § 143 II HGB im Handelsregister einzutragen. Geschieht dies ordnungsgemäß und schließt der ausgeschiedene Gesellschafter 2 Monate später einen Kaufvertrag namens der OHG mit einem Dritten, so wird hierdurch die OHG nicht mehr gegenüber dem Dritten verpflichtet.

Während § 15 II HGB an die *erfolgte* Eintragung und Bekanntmachung anknüpft, behandelt § 15 I HGB die Rechtsfolge *fehlender* Eintragung oder Bekanntmachung („negative Publizität“). Das Schweigen des Handelsregisters bewirkt, dass sich derjenige, in dessen Interesse die Eintragung (falls sie erfolgt wäre) liegen würde, auf diese Tatsache nicht berufen kann.

Beispiel:

Wurde das Ausscheiden des Komplementärs (OHG-Gesellschafter) nicht ordnungsgemäß eingetragen, so haftet er für Neuverbindlichkeiten gem. § 128 S. 1 HGB.

Weder § 15 I noch § 15 II HGB schützen das Vertrauen, dass eingetragene Tatsachen *tatsächlich* vorliegen (sog. „positive Publizität“). Die positive Publizität ergibt sich aus § 15 III HGB. Wird eine einzutragende Tatsache unrichtig bekannt gegeben, so kann sich ein gutgläubiger Dritter auf die Falschbekanntmachung berufen. Die unrichtige Bekanntmachung schafft im Rechtsverkehr einen Vertrauenstatbestand, welcher von § 15 III HGB geschützt wird.

Beispiel:

Wird statt des Ausscheidens des Komplementärs in obiger OHG dessen Eintritt versehentlich bekannt gemacht, so wird dieser „wie ein richtiger Komplementär“ neben der OHG bei Verbindlichkeiten derselben verpflichtet (§ 128 S. 1 HGB).

6.5. Das besondere Handelsgeschäft „Handelskauf“ gem. § 373 ff. HGB

Wichtigstes und häufigstes Handelsgeschäft ist der Handelskauf gem. §§ 373 ff. HGB.

Ein Handelskauf liegt vor, wenn

- ein Kaufvertrag iSd. § 433 BGB vorliegt,
- dessen Gegenstand Waren oder Wertpapiere (§ 373 HGB) sind,
- und *zumindest eine* Partei Kaufmann ist, für den der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört (lesen und notieren Sie sich neben § 373 HGB die §§ 343, 344 HGB).



Beispiel:

Ein Handelskauf liegt vor, wenn ein Schüler mit Genehmigung der Eltern im Computergeschäft eines Kaufmanns einen Drucker erwirbt. Ebenfalls liegt ein Handelskauf vor, wenn der Käufer seinerseits ein Kaufmann ist.

Die Sonderregeln der §§ 377 – 379 HGB über die *Mängelrüge* und die *Aufbewahrungspflicht* gelten dagegen ausweislich ihres eindeutigen Wortlautes (lesen!)

nur für den *beiderseitigen* Handelskauf, d.h. sowohl Käufer als auch Verkäufer müssen Kaufleute sein und für beide muss der Kauf zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehören.

Die Vorschriften über den Handelskauf dienen einer schnellen und einfachen Abwicklung der Geschäfte. Dies geschieht durch eine Stärkung der Rechtsstellung des Verkäufers.

Die §§ 373 ff. HGB regeln vornehmlich die Probleme, die bei Verzögerungen der Leistung und bei Mangelhaftigkeit der Ware auftreten. Daneben wird die Frage behandelt, ob das Brutto- oder Nettogewicht der Ware für den Kaufpreis maßgebend ist, wenn dieser sich nach dem Gewicht richten soll (vgl. § 380 HGB).

Waren iSd. § 373 HGB sind nur bewegliche Sachen, ein Handelskauf liegt also nicht vor beim Kauf von Grundstücken, Forderungen oder sonstiger Rechte.

6.5.1. Verzögerungen beim Handelskauf (§§ 373 f. HGB)

Nimmt der Käufer die gekaufte Ware nicht an, so kommt er nach den allgemeinen Regeln der §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug. Insofern enthält das HGB keine Besonderheiten. Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen des Annahmeverzuges gelten beim Handelskauf die Vorschriften des BGB (vgl. § 374 HGB). Jedoch erweitert § 373 HGB bei Vorliegen eines Handelskaufes das Recht des Verkäufers zur „Hinterlegung“ und wahlweise zum „Selbsthilfeverkauf“ für „Rechnung des Käufers“.

6.5.2. Besonderheiten der Mängelhaftung beim Handelskauf (§§ 377, 378 HGB) – die kaufmännische „Untersuchungs- und Rügeobliegenheit“

Literaturhinweis:

Danne / Keil S. 141 ff.

Führich S. 252 ff.

Besonders wichtig beim Handelskauf ist die gegenüber dem „gewöhnlichen Kauf“ bestehende Untersuchungs- und Rügeobliegenheit der §§ 377, 378 HGB.



Die dem Käufer gelieferte Ware kann mit einem Sachmangel (Qualitätsmangel) behaftet sein. Möglicherweise hat der Verkäufer dem Käufer auch eine andere Ware geliefert, als

die Parteien vereinbart hatten („aliud“) oder sich in der geordneten Menge vertan (Quantitätsmangel, vgl. § 378 HGB). In diesen Fällen gibt bereits das BGB dem Käufer Sachmängelansprüche oder Ansprüche wegen Nichterfüllung. Jedoch setzen diese Ansprüche nach §§ 377, 378 HGB für den Handelskauf im Interesse des Verkäufers eine rechtzeitige Rüge des Mangels durch den Käufer voraus. Der Verkäufer soll möglichst schnell Gewissheit darüber erlangen, ob seine Lieferung beanstandet wird und ihm deshalb Ansprüche des Käufers drohen oder ob die Lieferung vom Käufer als ordnungsgemäß angesehen wird.

Unterlässt der Käufer eine rechtzeitige Rüge, verliert er seine Gewährleistungsansprüche (vgl. § 377 II HGB).

Nach § 377 HGB besteht diese Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, wenn

- ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt;
- die Ware „abgeliefert“ worden ist. Dies ist bei tatsächlicher Übergabe der Ware der Fall, nicht schon bei Übergabe der Transportpapiere;
- die Ware einen Mangel aufweist. Als Mangel kommen in Betracht: Der Mangel wegen schlechter Qualität (§§ 459 I, II, 480 BGB) oder wegen genehmigungsfähiger Falschlieferung (aliud) bzw. genehmigungsfähiger Mengenabweichung.
- die Rügelast nicht gem. § 377 V, 378 HGB oder kraft vertraglicher Vereinbarung ausgeschlossen ist; ob der Ausschluss der Rügeobliegenheit z.B. in Allgemeinen Einkaufsbedingungen überhaupt zulässig ist, ist umstritten.



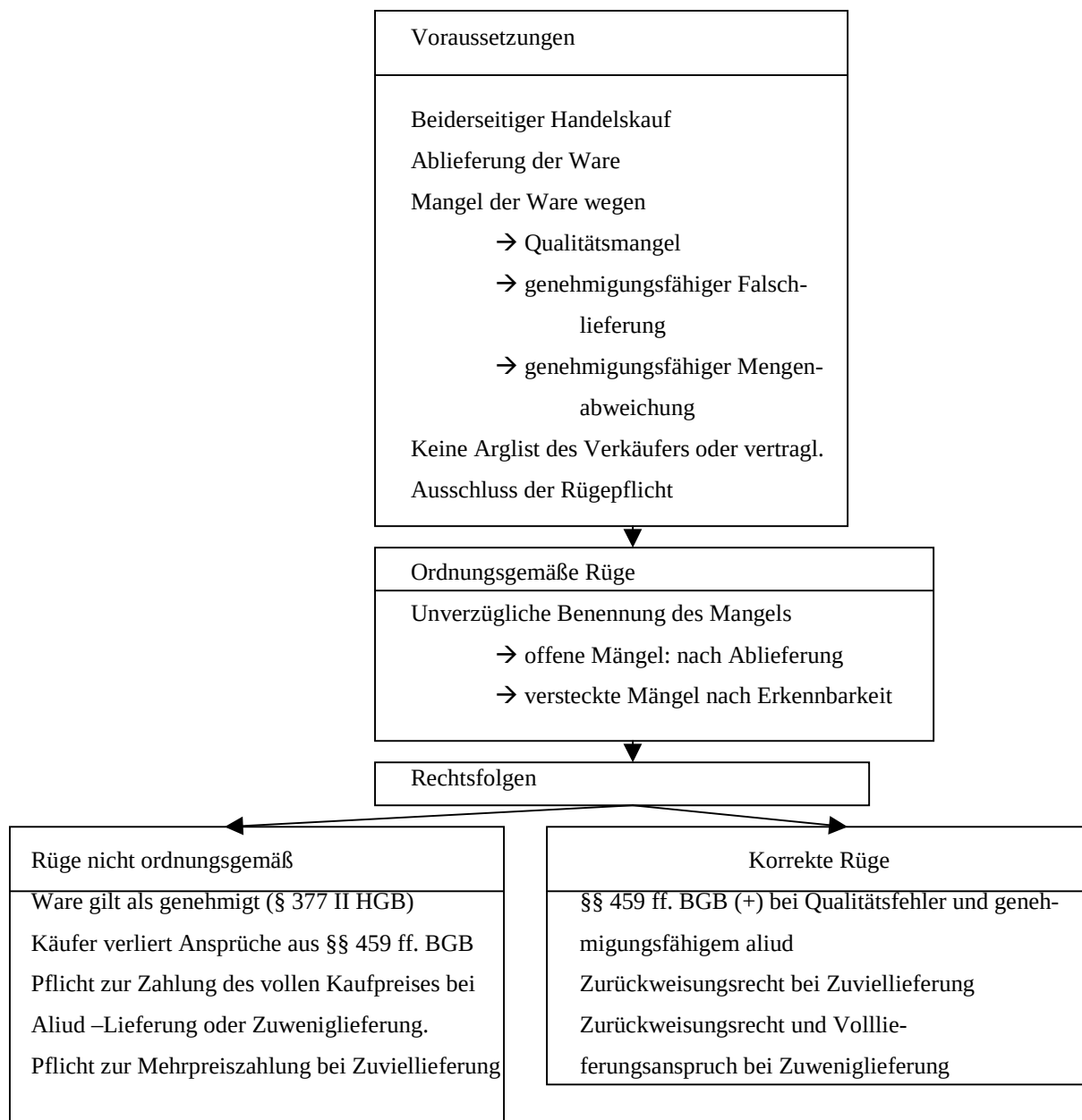
Umfang und Intensität der Untersuchungspflicht richten sich nach den Umständen des Einzelfalls. Bei Lieferungen größerer Warenmengen genügt die Entnahme repräsentativer Stichproben in regelmäßigen Abständen (z. B. erachtete der BGH die Stichprobe von 5 aus 2400 gelieferten Konservendosen für ausreichend). Ebenfalls mit einzubeziehen in das erforderliche Maß der Untersuchungspflicht sind Art und Menge der Ware, Handelsbräuche (§ 346 HGB), der mit einer etwaigen Beschädigung verbundene Wertverlust und die Gefahren, die von beschädigter Ware ausgehen.

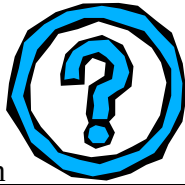
Wird ein Mangel der beschriebenen Art vom Käufer entdeckt, muss ihn dieser unverzüglich (vgl. § 377 I HGB) anzeigen. Unterlässt dies der Käufer, so gilt die Ware als

genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen nicht erkennbaren Mangel handelt (§ 377 II HGB). Zeigt sich später ein derartiger „versteckter Mangel“, muss die Anzeige unverzüglich nachgeholt werden, andernfalls gilt die Ware als genehmigt (§ 377 III HGB). Im Übrigen genügt eine ordnungsgemäße Rüge, auch wenn die Ware vorher nicht untersucht wurde. Eine Rüge „ins Blaue“, die aber der Tatsache entspricht, genügt den Erfordernissen der §§ 377, 378 HGB.

Bei arglistigem Verschweigen des Mangels seitens des Verkäufers entfällt die Untersuchungs- und Rügepflicht (§ 377 V HGB).

Übersicht: Die Rügepflicht gem. §§ 377, 378 HGB





6.6. Kontrollfragen

Frage 1:

Nennen Sie fünf Kaufmannsarten des HGB bzw. der Rechtsprechung!

Frage 2:

Wann spricht man von einem „Handelsgewerbe“?

Frage 3:

Was ist die Definition des „Gewerbes“?

Frage 4:

Wie unterscheiden sich „Gewerbe“ und „Kleingewerbe“?

Frage 5:

Nennen Sie Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung „Gewerbe“ – „Kleingewerbe“!

Frage 6:

Können auch „Kleingewerbetreibende“ die Kaufmannseigenschaft erlangen?

Frage 7:

Nennen Sie die Voraussetzungen für den „Scheinkaufmann“ gem. § 5 HGB analog iVm. § 242 BGB.

Frage 8:

Nennen Sie die „Firmengrundsätze“!

Frage 9:

Welche Norm schützt den öffentlichen Glauben des Handelsregisters?

Frage 10:

Beschreiben sie die Begriffe „positive Publizität“ und „negative Publizität“!

Frage 11:

Wann liegt ein „Handelskauf“ vor?

Frage 12:

Welche Pflichten treffen den Käufer einer Ware grundsätzlich beim Handelskauf?



6.7. Antworten

Antwort 1:

Istkaufmann (§ 1 HGB), Kannkaufmann (§§ 2, 3 HGB), Kaufmann kraft Eintragung (§ 5 HGB), Formkaufmann (§ 6 HGB), Kaufmann kraft Rechtsschein (§§ 5 HGB analog iVm. 242 BGB).

Antwort 2:

Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb mit Ausnahme solcher Unternehmen, die einen nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordern (§ 1 II HGB).

Antwort 3:

Gewerbe ist jede äußerlich erkennbare, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung ausgeübte Tätigkeit, die nicht „freier Beruf“ ist.

Antwort 4:

Ein Kleingewerbe erfordert im Gegensatz zum Gewerbe keinen nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb.

Antwort 5:

Komplexität der Geschäftsvorgänge, Vielfalt des Geschäftsgegenstandes, Bilanzierung, Art der betrieblichen Organisation, Umfang der Geschäftskorrespondenz, Inanspruchnahme von Kreditzahlungen, Teilnahme an Scheck-/ Wechselverkehr, Anzahl

der Beschäftigten, Jahresumsatz, Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens, Anzahl der Betriebsstätten, Größe der Betriebsstätten (...).

Antwort 6:

Kleingewerbetreibende können freiwillig kraft „konstitutiver“ Eintragung ins Handelsregister Kaufmannseigenschaft erlangen („Kannkaufmann“).

Antwort 7:

Person erweckt in zurechenbarer Weise gegenüber einem gutgläubigen Dritten den Rechtsschein seiner in Wahrheit nicht vorhandenen Kaufmannseigenschaft.

Antwort 8:

Firmenunterscheidbarkeit, Firmenwahrheit, Firmenbeständigkeit, Firmeneinheit, Firmenöffentlichkeit.

Antwort 9:

§ 15 HGB

Antwort 10:

Positive Publizität: Wird eine einzutragende Tatsache unrichtig bekannt gegeben so kann sich ein gutgläubiger Dritter auf die Falschbekanntmachung berufen (§ 15 III HGB).

Negative Publizität: Das Schweigen des Handelsregisters bewirkt, dass sich derjenige, in dessen Interesse die Eintragung (falls sie erfolgt wäre) liegen würde, auf diese Tatsache nicht berufen kann (§ 15 I HGB).

Antwort 11:

Ein Handelskauf liegt vor, wenn ein Kaufvertrag (§ 433 BGB) vorliegt, dessen Gegenstand Waren oder Wertpapiere sind (§ 373 HGB) und zumindest eine Partei Kaufmann ist, für den der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.

Antwort 12:

Grundsätzlich: Untersuchungs- und Rügepflicht nach Ablieferung der Ware, außer bei Arglist des Verkäufers oder vertraglichem Ausschluss der Untersuchungs- und

Rügepflicht. Rüge hat unverzüglich zu erfolgen nach Ablieferung (bei offenen Mängeln) bzw. nach Erkennbarkeit (bei versteckten Mängeln).

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 7: Titel: Gesellschaftsrecht
Referent : Prof. Dr. Josef Scherer
Sendetermin:09.05.2001

Skriptum:

- Gliederung -

7. Gesellschaftsrecht

7.1 Allgemeines Gesellschaftsrecht

7.1.1 Der Begriff des Gesellschaftsrechts

7.1.2 Die Gesellschaftsarten

7.1.2.1 Die Personengesellschaften

7.1.2.2 Die Körperschaften

7.1.3 Gesellschaftsrechtliche Grundbegriffe

7.1.3.1 Rechtsformzwang

7.1.3.2 Unterscheidung Innenverhältnis – Außenverhältnis

7.1.3.3 Das Gesamthandsprinzip der Personengesellschaften

7.1.3.4 Zur Frage der Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften

7.2 Kriterien der Rechtsformwahl

7.3 Gesellschaftsformen im Einzelnen

7.3.1 Personengesellschaften

7.3.1.1 Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

7.3.1.2 Offene Handelsgesellschaft

7.3.1.3 Die Kommanditgesellschaft (KG) und GmbH & Co. KG

7.3.1.4 Die Partnerschaftsgesellschaft

7.3.1.5 Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung

7.3.2 Körperschaften

7.3.2.1 Gesellschaft mit beschränkter Haftung

7.3.2.2 Die Aktiengesellschaft

7.3.2.3 Die Genossenschaft

7.3.2.4 Der Verein

7.4 Kontrollfragen

7.5 Antworten

7.1. Allgemeines Gesellschaftsrecht

Literaturhinweis:

Führich, Wirtschaftsprivatrecht, Verlag Vahlen, München 2000, S. 306 ff.

Scherer / Haas / Beyer, Gesellschaftsrecht I: Personengesellschaften, Fortis Verlag, Köln 1999, S. 21 ff.

7.1.1. Der Begriff des Gesellschaftsrechts

Das Gesellschaftsrecht ist das Recht der **privatrechtlichen Personenvereinigungen**, die zur Erreichung eines bestimmten **gemeinsamen Zwecks** durch **Rechtsgeschäft** begründet werden.

Von vorneherein **nicht** unter den Gesellschaftsbegriff fallen somit **öffentlich-rechtliche Zusammenschlüsse**: „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ sind keine „privaten“ Zusammenschlüsse, sondern durch Gesetz errichtet. Beispiele für **öffentlich-rechtliche** Zusammenschlüsse sind: Bund, Länder, Gemeinden.

„Anstalten des öffentlichen Rechts“ sind keine „Personenvereinigungen“ (z. B. Bayerischer Rundfunk).

Gleiches gilt für die „öffentlich rechtliche Stiftung“: ein mit Rechtsfähigkeit ausgestatteter Vermögensbestand, dem vom Stifter ein bestimmter Zweck gegeben wurde.

7.1.2. Die Gesellschaftsarten

Die Gesellschaften lassen sich unterteilen in die Personengesellschaften und die Körperschaften.

7.1.2.1. Die Personengesellschaften

Die wichtigsten Personengesellschaften sind die BGB-Gesellschaft (auch genannt: Gesellschaft bürgerlichen Rechts = GbR, geregelt in den §§ 705 ff. BGB), die Offene Handelsgesellschaft (OHG, §§ 105 ff. HGB) und die Kommanditgesellschaft (KG, §§ 161 ff. HGB). Auch die stille Gesellschaft (stG, §§ 230 ff. HGB), die Europäische Wirtschaftliche Interes-

senvereinigung (EWIV, EWG Verordnung Nr. 2137/85 und EWIV-Ausführungsgesetz) und die Partnerschaftsgesellschaft (PartG, §§ 1 ff. PartGG) fallen hierunter.

Die Personengesellschaften sind keine juristischen Personen, sie sind nicht – jedenfalls nicht im vollen Umfang – rechtsfähig (hierzu ausführlicher unten).

Folgende Kennzeichen sind allen Personengesellschaften gemeinsam:

- Sie sind *grundsätzlich* auf eine kleine Mitgliederzahl hin angelegt und beruhen auf dem persönlichen Vertrauen der Beteiligten.
- Entscheidungen haben *grundsätzlich* einstimmig zu erfolgen (vgl. § 709 I BGB).
- Nur Gesellschafter können organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsbefugnis haben (Grundsatz der „Selbstorganschaft“).
- Die Gesellschafter haften *grundsätzlich* für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen.
- Eine Übertragung der Gesellschaftsanteile ist *grundsätzlich* ausgeschlossen (vgl. § 719 BGB).
- Der bis 1998 geltende Grundsatz „Auflösung der Gesellschaft bei Austritt / Tod eines Gesellschafters“ wurde mit der Reform des HGB umgekehrt in „Fortbestand der Gesellschaft bei Ausscheiden des Gesellschafters“. Damit wurden die gesetzlichen Regelungen der ohnehin überwiegenden Vertragspraxis angepasst. Dies gilt gem. § 131 HGB jedoch nur für die OHG und die KG. Bei der GbR verbleibt es - falls im Gesellschaftsvertrag keine Fortsetzungsklausel enthalten ist - bei der alten Regelung des § 727 BGB mit besagtem Auflösungsautomatismus, welcher auf der engen Vertrauensbindung zwischen den Gesellschaftern gründet.

Von den genannten Grundsätzen kann in bestimmten Fällen abgewichen werden. So wird z.B. die Übertragung des gesamten Gesellschaftsanteils zusammen mit der Gesellschafterstellung entgegen § 719 BGB I Fall 1 BGB dann als zulässig erachtet, wenn sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder alle Gesellschafter zustimmen.

7.1.2.2 Die Körperschaften

Die wichtigsten Körperschaften sind die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH §§ 1 ff. GmbHG), die Aktiengesellschaft (AG, §§ 1 ff. AktG), der rechtsfähige und nichtrechtsfähige Verein (§§ 21 ff. bzw. 54 BGB) und die Genossenschaft (eG, §§ 1 ff. GenG).

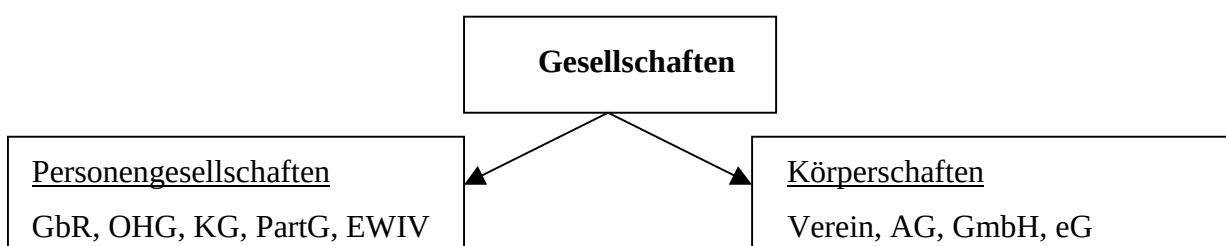
Die Körperschaften sind mit Ausnahme des nichtrechtsfähigen Vereins voll rechtsfähige juristische Personen. Die AG und GmbH fallen überdies unter den Begriff „Kapitalgesellschaften“ (§§ 264 ff. HGB).

Körperschaften verfolgen einen überindividuellen, von den Mitgliederinteressen losgelösten Zweck.

Folgende Kennzeichen sind charakteristisch für Körperschaften:

- Körperschaften zeichnen sich aus durch eine (theoretisch) unbegrenzte Anzahl von Mitgliedern.
- Entscheidungen erfolgen nach dem „Mehrheitsprinzip“ (vgl. z.B. § 32 I S.2 BGB).
- Vertretungsorgane müssen nicht notwendigerweise auch Mitglieder sein (Prinzip der „Fremdorganschaft“, vgl. z.B. § 35 GmbHG).
- Die Entstehung knüpft neben dem Vertragsschluss regelmäßig an weitere Voraussetzungen (z.B. Eintragung ins Handelsregister, § 11 I GmbHG, § 41 I AktG).
- Das Ausscheiden von Gesellschaftern lässt den Bestand der Körperschaft unberührt (z.B. §§ 39, 41 BGB).
- Die Mitgliedschaft ist – außer beim Verein (§§ 38, 40 BGB) – übertragbar (z.B. § 15 I GmbHG § 68 AktG).
- Ansprüche Dritter richten sich grundsätzlich nur gegen die Gesellschaft selbst, nicht gegen die Gesellschafter.

Übersicht: Grobeinteilung der Gesellschaften



7.1.3. Gesellschaftsrechtliche Grundbegriffe

Literaturhinweis:

Führich S. 311 –314

7.1.3.1. Rechtsformzwang

Der im deutschen Privatrecht geltende Grundsatz der Privatautonomie (§ 305 BGB) ist im Gesellschaftsrecht hinsichtlich der Rechtsformwahl eingeschränkt. Nur die durch das deutsche Gesellschaftsrecht möglichen Rechtsformen stehen zur Verfügung („numerus clausus der Rechtsformwahl“). Die Gründung einer englischen Company in Deutschland ist beispielsweise unzulässig.

Zulässig jedoch sind Gesellschaftstypenvermischungen, etwa die GmbH & Co. KG. Bei ihr handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft, bei der persönlich haftender Gesellschafter die juristische Person GmbH ist.

7.1.3.2. Unterscheidung Innenverhältnis – Außenverhältnis

Im Gesellschaftsrecht ist streng zwischen dem Innenverhältnis der Gesellschafter (Verhältnis der Gesellschafter untereinander) und dem Außenverhältnis (Verhältnis Gesellschaft zu außenstehenden Dritten) zu unterscheiden.

Das Innenverhältnis wird grundsätzlich durch den Gesellschaftsvertrag und gesetzliche Vorschriften bestimmt, während das Außenverhältnis zu Dritten überwiegend zwingend gesetzlich geregelt ist.

Eine Konsequenz des Innen- und Außenverhältnisses ist der Gegensatz zwischen Geschäftsführung und Vertretung.

Die Geschäftsführung betrifft die Entscheidungsbefugnisse im Innenverhältnis („was darf der Gesellschafter tun?“). Die Vertretung hingegen betrifft die Befugnis zu rechtsgeschäftlichem Handeln gegenüber Dritten („was kann der Gesellschafter tun?“)

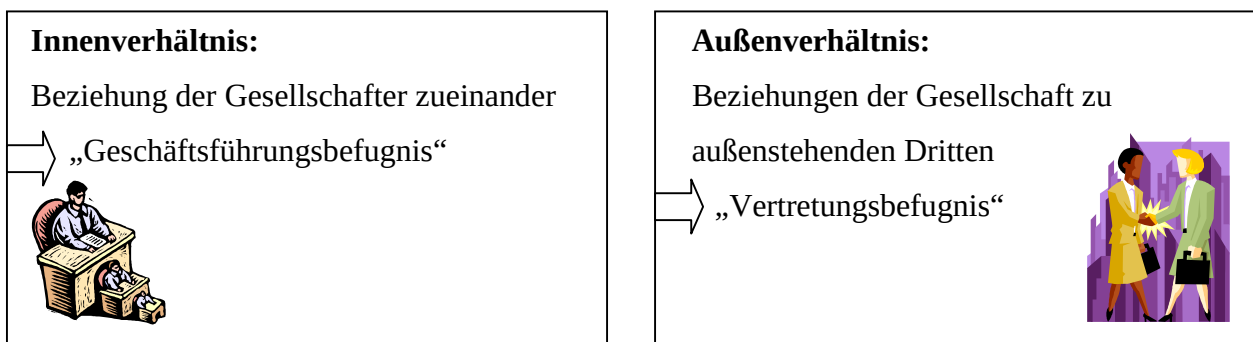
Beispiel:

A, B und C sind Gesellschafter der „ABC-OHG“. Entgegen dem Widerspruch der Mitgesellschafter B und C kauft der alleinvertretungsberechtigte A von X ein Ölgemälde für die Kaf-

feeküche für 75.000 DM. Ist die OHG zur Bezahlung des Kaufpreises gem. §§ 433 II BGB iVm. 124 I HGB verpflichtet?

In der „ABC-OHG“ kann A wegen seiner Alleinvertretungsbefugnis auch außergewöhnliche Geschäfte mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft abschließen. Diese Vertretung ist im Außenverhältnis nach §§ 125, 126 HGB wirksam, obwohl im Innenverhältnis seine Geschäftsführungsbefugnis hiervon nicht gedeckt war. Die OHG ist also zur Zahlung verpflichtet, A machte sich jedoch gegenüber B und C schadensersatzpflichtig.

Übersicht: Unterscheidung Innenverhältnis – Außenverhältnis



7.1.3.3. Das Gesamthandsprinzip der Personengesellschaften

Literaturhinweis:

Scherer / Haas / Beyer S. 26 – 28

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers können nur natürliche oder juristische Personen (Körperschaften) am Rechtsverkehr als Rechtssubjekte teilnehmen. Die „juristische Person“ ist die Zusammenfassung von Personen oder Sachen zu einer selbstständigen Organisation, der kraft Gesetzes (z.B. § 13 I GmbHG) die Fähigkeit zukommt, selbstständig Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

Die Personengesellschaften sind aber weder natürliche noch juristische Personen: Sie sind „Gesamthandsgemeinschaften“. Der Begriff der „Gesamthand“ bedeutet, dass das Gesellschaftsvermögen „gesamthänderisch gebundenes Vermögen der Gesellschafter“ ist. Im Gegensatz zur Bruchteilsgemeinschaft der §§ 741 ff. BGB hat also jeder Gesellschafter nur einen fiktiven, unselbstständigen Anteil am Vermögen. Zum Gesellschaftsvermögen wiederum zählen nach § 718 BGB „die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung

für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände“. Weitere Gesamthandsgemeinschaften sind die Erbengemeinschaft (§ 2032 BGB) und die Gütergemeinschaft bei Eheleuten (§ 1416 BGB).

Charakteristiken der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand:

- **Verfügungsverbot:** Es besteht eine starke dingliche Bindung des Gesellschaftsvermögens: So ist es wie dargelegt dem einzelnen Gesellschafter nach § 719 BGB grundsätzlich verboten, über seinen Anteil am Gesamthandsvermögen oder die dazu gehörenden Gegenstände zu verfügen.
- **Anwachsungsprinzip:** Scheidet ein Gesellschafter ohne Nachfolgeregelung aus, so verliert er seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen, da dieser mit der Mitgliedschaft untrennbar verbunden ist. Gem. § 738 I S. 1 BGB wächst der Anteil den übrigen Gesellschaftern automatisch zu.
- **Surrogationsprinzip:** Zu dem gesamthänderisch gebundenen Vermögen gehört auch, was aufgrund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird (§ 718 II BGB).

7.1.3.4. Zur Frage der Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften

Wie oben dargestellt sind Personengesellschaften das Gegenstück zu den rechtsfähigen juristischen Personen. Während also die juristische Person GmbH etwa vor Gericht selbst klagen oder verklagt werden kann, Schuldner oder Gläubiger einer Forderung oder Erbe eines Vermögens sein kann, ist dies dem Grundsatz nach den Personengesellschaften verwehrt.

Von diesem Grundsatz macht jedoch das Gesetz Ausnahmen:

- Für die OHG und die KG verleiht § 124 I HGB (bzw. §§ 161 II, 124 I HGB) sogenannte „Teilrechtsfähigkeit“. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann die OHG (KG) *„unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben vor Gericht klagen und verklagt werden.“*
- Für die GbR fehlt in den §§ 705 ff. BGB eine entsprechende Regelung, so dass ein großer Teil der Literatur und die frühere Rechtsprechung davon ausgingen, dass be-

sagte Teilrechtsfähigkeit der GbR verwehrt bliebe. Nach allerjüngster höchstrichterlicher Rechtsprechung soll jedoch nunmehr auch für die GbR Teilrechtsfähigkeit zu bejahen sein. Auch die GbR selbst kann nunmehr beispielsweise vor Gericht verklagt werden.

7.2. Kriterien der Rechtsformwahl

Literaturhinweis:

Führich, S. 308 – 311 und S. 384 - 385

Eine der wichtigsten Entscheidungen bei einer Unternehmensgründung ist die Wahl der Rechtsform. Ziel der Rechtsformwahl ist es, diejenige Rechtsform zu wählen, die den Zielvorgaben am ehesten entspricht und negative Auswirkungen möglichst gering hält. Erweist sich eine gewählte Form im nachhinein als unzweckmäßig, so ist eine Umwandlung möglich (vgl. hierzu das ausführliche Umwandlungsgesetz, UmwG).



→ Entscheidungsfaktor Organisation

Bei Personengesellschaften gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft, d.h. es besteht eine untrennbare Koppelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mit der Person der persönlich haftenden Gesellschafter. Bei Körperschaften herrscht Fremdorganschaft, so dass hochqualifizierte (und teure) außenstehende Nichtgesellschafter per Anstellungsvertrag herangezogen werden können. Zieht man also vor, „unter sich“ zu bleiben, empfiehlt sich eine Personengesellschaft, will man qualifizierte Führungskräfte von außen nachziehen, spricht dies für eine Körperschaft.

→ Entscheidungsfaktor Haftung

Auch die Haftungsfrage ist heranzuziehen. Während etwa bei der GbR und der OHG alle Gesellschafter persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften (bei der KG nur die Komplementäre, siehe unten), erlauben die Körperschaften eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen.

→ Entscheidungsfaktor Vermögensordnung

Bei den Personengesellschaften sind die Gesellschafter selbst Träger des Gesellschaftsvermögens, das ihnen nur gemeinschaftlich als „Gesamthandsvermögen“ zusteht und dem Gesellschaftszweck dient. Die gesamthänderische Bindung besagt, dass jeder Gesellschafter zwar Träger des gemeinschaftlichen Vermögens ist, seine Verfügungsmacht darüber jedoch beschränkt ist durch die Mitberechtigung der anderen (vgl. § 719 BGB). Dies erschwert eine Gesellschaftsanteilsübertragung, stärkt aber das Vertrauen in den Bestand genau der gewünschten personellen Zusammensetzung der Personengesellschaft.

Bei den Körperschaften ist Inhaber des Vermögens die juristische Person. Die Gesellschafter haben also ein leicht übertragbares Anteilsrecht am Grund- bzw. Stammkapital. Der Gesellschafterbestand kann leicht wechseln.

→ Entscheidungsfaktor Gründungskosten

Personengesellschaften sind schnell, leicht und kostengünstig zu gründen. So ist etwa die Gründung einer GbR dann vollzogen, wenn sich eine Mehrheit von Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließt. Dies kann bereits durch Vereinbarung einer Fahrgemeinschaft der Fall sein. Weitere Erfordernisse (z.B. Eintragung ins Handelsregister) sind nicht erforderlich.

Der Gründungsvorgang von Körperschaften hingegen ist zeitintensiv, kostenträchtig (Aufbringung des Stammkapitals!) und juristisch kompliziert.

→ Entscheidungsfaktor Ansehen

Nicht zu unterschätzen sind die Auswirkungen der Rechtsformwahl auf die Kreditwürdigkeit. Personengesellschaften genießen aufgrund der persönlichen Verantwortlichkeit der Gesellschafter bei Banken im Durchschnitt höheres Ansehen als Körperschaften. Gerade die GmbH genießt einen insoweit schlechten Ruf („Gehste **mit** biste **hin**“).

Weitere Entscheidungskriterien bei Führich a.a.O.

7.3. Gesellschaftsformen im Einzelnen

7.3.1. Personengesellschaften

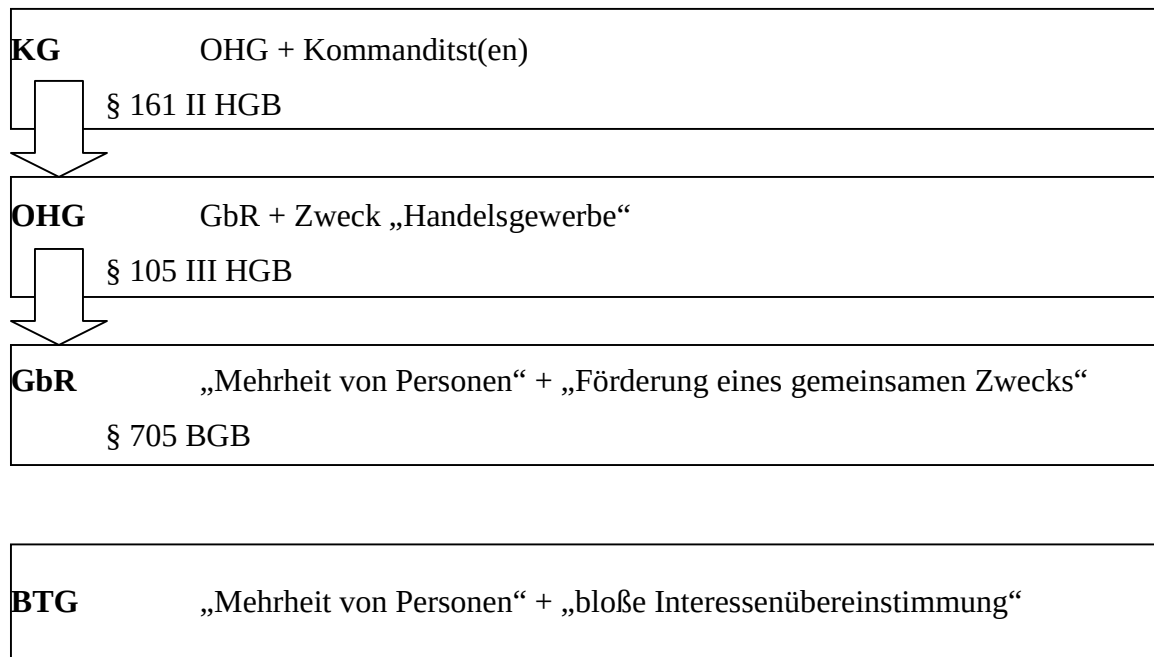
Bevor auf die Personengesellschaften GbR, OHG und KG im Einzelnen eingegangen wird, ist das Verhältnis der besagten Gesellschaften untereinander näher zu betrachten.

Das Recht der GbR, der OHG und der KG ist nicht in voneinander unabhängigen, selbstständigen Abschnitten des BGB oder HGB geregelt. Vielmehr stehen sie in einer Art „Stufenverhältnis“:

- Die GbR ist die Grundform: Sie ist ein privatrechtlicher Personenzusammenschluss durch Vertrag zur gemeinschaftlichen Verfolgung eines Zwecks (§ 705 BGB).
- Abzugrenzen ist die GbR von der Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB). Nach dem Wortlaut des § 741 BGB finden diese Vorschriften Anwendung, wenn „ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht, sofern sich aus dem Gesetz nicht *ein anderes* ergibt“, d.h. speziellere Vorschriften existieren. Spezieller sind die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB zur GbR. Auch bei der GbR existiert eine „Gemeinschaftlichkeit“, die sich jedoch in wesentlichen Punkten von derjenigen der Bruchteilsgemeinschaft unterscheidet: So muss der „gemeinsame Zweck“ der GbR „durch Vertrag“ gefördert werden, eine Bruchteilsgemeinschaft kann schon auf Grund eines tatsächlichen Vorgangs „kraft Gesetzes“ entstehen, so etwa infolge von Verbindung oder Vermischung (§§ 947 ff. BGB).
- Die OHG ist Spezialform der GbR, falls der Gesellschaftszweck im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht (§ 105 I HGB). Kleingewerbetreibende können gem. § 105 II HGB wählen, ob sie ihre Gewerbe in Form einer GbR (ohne Eintragung) oder einer OHG/KG (mit konstitutiver Eintragung) betreiben wollen (zum Gewerbebegriff vgl. Skriptum zum Handelsrecht!). Kurz gesagt: OHG = GbR + Zweck „Handelsgewerbe“
- Die KG ist eine Spezialform der OHG, bei der wenigstens ein Gesellschafter seine Haftung auf die sogenannte „Kommanditeinlage“ beschränkt hat (§ 161 HGB). Kurz gesagt: KG = OHG + Kommanditisten

Die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB sind anwendbar für die GbR. Ebenfalls für die OHG, es sei denn, die §§ 105 ff. HGB sehen Spezialregelungen für die OHG vor. Gleiches gilt für die KG, es sei denn, die §§ 161 ff. HGB sehen Spezialregelungen für die KG vor.

Übersicht: Verhältnis der Personengesellschaften GbR, OHG und KG sowie der Bruchteilsgemeinschaft zueinander



7.3.1.1. Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

7.3.1.1.1. Die Entstehung der GbR

Literaturhinweis:

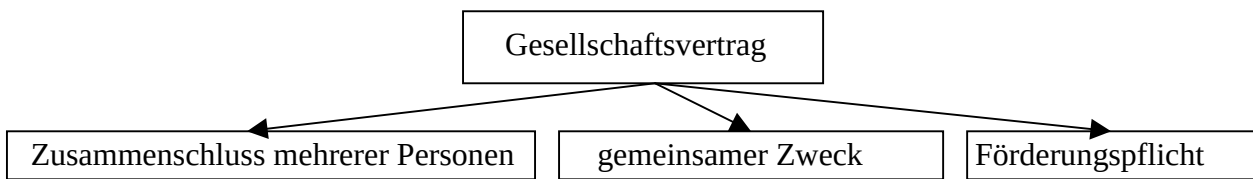
Scherer / Haas / Beyer S. 30-49

Führich S. 315 ff.

Die GbR erfährt im Wirtschaftsleben eine immer stärker werdende Rolle. Sie ist die typische Organisationsform der freien Berufe, der Gewerbebetriebe durch Kleingewerbetreibende, der Gelegenheitsgesellschaften und der Arbeitsgemeinschaften („Arge“) speziell in der Baubranche.

Entscheidender Vorteil der GbR ist die Einfachheit der Gründung. Ausweislich des Wortlauts des § 705 BGB entsteht eine GbR, wenn sich eine „Mehrheit von Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks vertraglich zusammenschließt.“ Nur wenn diese Voraussetzungen in rechtlich verbindlicher Weise zum Inhalt eines Vertrages gemacht wurden, ist von einer wirksamen Gesellschaftsgründung auszugehen.

Übersicht: Gründung einer GbR gem. § 705 BGB



Der Vertrag kann grundsätzlich formlos, also schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder durch konkludente Handlung geschlossen werden. Vorsicht ist nur geboten, wenn Grundstücke in die Gesellschaft eingebracht werden oder Minderjährige bei der Gründung der Gesellschaft mitwirken. Im ersten Fall erstreckt sich die notarielle Beurkundungspflicht des Kaufvertrages (§ 313 S. 1 BGB) und die Form der Grundstücksübereignung (§§ 873, 925 BGB) nach der Rechtsprechung auch auf den Gesellschaftsvertrag. Im zweiten Fall ist der Gesellschaftsvertrag weiterhin formlos möglich, jedoch ist neben der Mitwirkung der Eltern gem. § 108 BGB auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1822 Nr. 3, 1643 BGB) erforderlich.

Die Frage, ob konkludent eine Gesellschaft gegründet wurde, spielt häufig bei Rechtsstreitigkeiten zwischen ehemaligen nichtehelichen Lebenspartnern eine wichtige Rolle. „Klassische“ Konstellation: Die



Trennung nach einem gemeinsamen Hausbau auf dem Grundstück eines der Lebensgefährten, der gem. § 946 BGB Eigentümer des Hauses wird. Da ein Vermögensausgleich nach eherechtlichen Vorschriften hier nicht möglich ist, könnte ein Vermögensausgleich nach den Auseinandersetzungsvorschriften der GbR abhelfen (§§ 733 II, 738 BGB). Voraussetzung wäre, dass eine Mehrheit von Personen sich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks zusammengeschlossen hatte. Fraglich ist, ob der Hausbau als „gemeinsamer Zweck“ angesehen werden kann. Von der Rechtsprechung wird dies nur dann bejaht, wenn ein „über das bloße Zusammenleben hinausgehender Zweck“ gefördert wurde. Dies ist beim bloßen Hausbau in der Regel nicht der Fall. Deshalb: In solchen Fällen rechtzeitige (wegen der Beweisbarkeit schriftliche) Regelungen treffen!

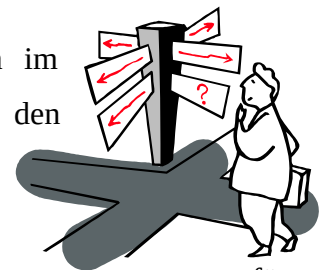
→ Zum Erfordernis „Zusammenschluss mehrerer Personen“

Neben natürlichen Personen als Gesellschafter können auch juristische Personen oder teilrechtsfähige Gesamthandsgemeinschaften (OHG, KG, neuerdings auch GbR) als Gesellschafter einer GbR wirken.

→ Zum Erfordernis „gemeinsamer Zweck“

Grundsätzlich kommt jeder erlaubte Zweck als Gegenstand eines Gesellschaftsvertrages in Betracht. Er kann ideeller oder wirtschaftlicher Art sein, von vorübergehendem Charakter oder dauerhaft. Die GbR darf nur kein Handelsgewerbe betreiben, da dann gesetzlich zwingend eine OHG vorliegt (§ 105 I HGB). Grenzen des Gesellschaftszwecks sind § 134 BGB (gesetzliches Verbot) und § 138 BGB (gute Sitten). So ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf Steuerhinterziehung gerichtet ist, gem. § 134 BGB nichtig.

Ein Sonderproblem ergibt sich im Gesellschaftsrecht dann, wenn im Gründungsvorgang ein Wirksamkeitshindernis vorliegt. Nach den allgemeinen Regeln des BGB wäre der Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig.



Die Nichtigkeitsfolgen des BGB passen jedoch auf den Vertragsabschluss für Gesellschaftsverhältnisse nicht. Es entstünde eine unerträgliche Rechtsunsicherheit und Rückabwicklungsschwierigkeiten, wenn sich nach u.U. langjährigem Geschäftsgebaren erst die Unwirksamkeit der Gesellschaft herausstellte. Eine im Außenverhältnis zu Geschäftspartnern aufgetretene Gesellschaft genießt daher im Interesse der Gesellschafter und der Vertragspartner Bestandsschutz, wenn die

→ Voraussetzungen der „**Lehre von der fehlerhaften oder faktischen Gesellschaft**“ gegeben sind:

- Vorliegen eines fehlerhaften Gesellschaftsvertrages
- Invollzugsetzen der Gesellschaft ist erfolgt
- Kein Verstoß gegen gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen

Liegen diese Voraussetzungen vor, so wird die Gesellschaft wie eine fehlerfreie behandelt, bis dieser Mangel erkannt wird und deshalb vom Auflösungs- bzw. Kündigungsrecht für die Zukunft Gebrauch gemacht wird.

7.3.1.1.2. Pflichten und Rechte der Gesellschafter im Innenverhältnis

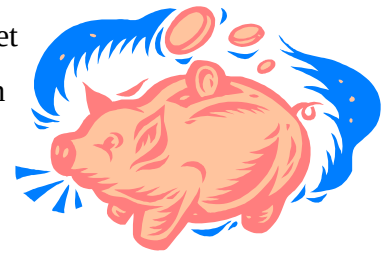
Literaturhinweis:

Scherer / Haas / Beyer S. 152 – 178

Führich S. 316 ff.

→ Beitragspflicht

Nach § 705 BGB sind die Gesellschafter verpflichtet, den gemeinsamen Zweck der GbR durch die vereinbarten Beiträge zu fördern. Die Beitragshöhe richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag; ist hierin nichts zu den Beitragsanteilen der Einzelgesellschafter genannt, so haben diese im Zweifel die gleichen Beiträge zu leisten (§ 706 BGB).



Als Beitragsarten anerkannt und üblich sind:

- Geldzahlungen
- Einbringung von Grundstücken
- Dienstleistungen
- Gebrauchsüberlassung von Sachen

→ Geschäftsführung

Gem. § 709 BGB sind die einzelnen Gesellschafter zur Führung der Geschäfte *gemeinschaftlich* verpflichtet („Gesamtgeschäftsführung“). Der Gesellschaftsvertrag kann hiervon abweichen (z.B. „Einzelgeschäftsführung“ vorsehen).

→ Treuepflicht

Die Gesellschafter haben sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammengeschlossen. Hierdurch sind die Gesellschafter zu gegenseitiger Treue und Rücksichtnahme (§ 242 BGB) verpflichtet. Sie sind verpflichtet, alles zu unterlassen, was den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufen würde. Auch lässt sich ein Wettbewerbsverbot des Gesellschafters im Einzelfall hieraus ableiten.



→ Recht auf Gewinn- oder Verlustbeteiligung / Auseinandersetzungsguthaben

Jeder Gesellschafter hat einen Anspruch darauf, am Gewinn oder Verlust der GbR beteiligt zu werden (§§ 721, 722 BGB). Bei Gelegenheitsgesellschaften ist der Gewinn nach § 721 I BGB

bei Auflösung zu zahlen, ansonsten am Jahresschluss mit Bilanzerstellung (§ 721 II BGB). Endet die Gesellschaft durch Auflösung, so regelt sich das Auseinandersetzungsverfahren, insbesondere die Ermittlung des Guthabens, nach den §§ 731 – 735 BGB.

→ Kontrollrecht

Jeder Gesellschafter hat ein persönliches Kontrollrecht (§ 716 BGB). Er darf Bilanzen und Geschäftsbücher einsehen, Geschäftsräume betreten etc.

7.3.1.1.3. Geschäftsführung und Vertretung

Literaturhinweis:

Scherer / Haas / Beyer S. 61 – 64

Führich S. 321

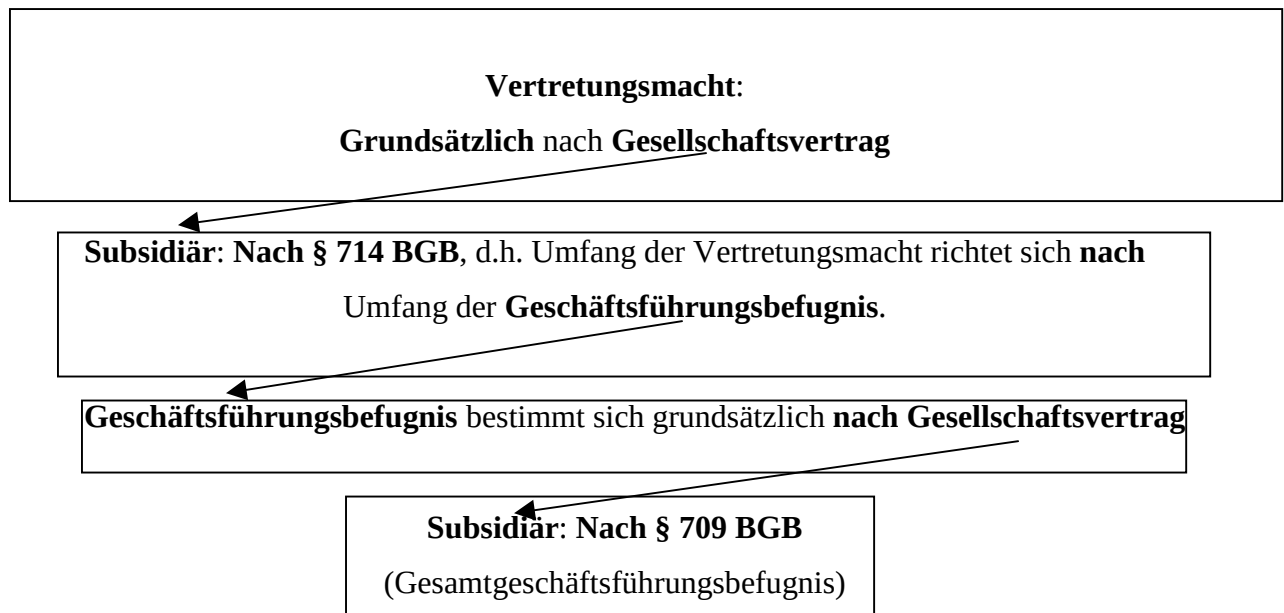
→ Zur Geschäftsführung

Wie dargestellt geht die gesetzliche Regelung vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag von Gesamtgeschäftsführung aus.

→ Zur Vertretung

Die Vertretung der Gesellschaft nach außen bestimmt sich gem. §§ 714, 709 BGB vorbehaltlich einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag nach der Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis. Soweit also ein Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt ist, soll er auch nach außen Geschäfte tätigen dürfen.

Übersicht: Vertretungsmacht in der GbR



Eine wichtige Besonderheit ergibt sich hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht bei sog. „**Grundlagengeschäften**“. Hierunter fallen alle Handlungen, die die Grundlage der Gesellschaft selbst, die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander oder die Zusammensetzung und Organisation der Gesellschaft betreffen. All diese Grundlagengeschäfte müssen von den Gesellschaftern gemeinschaftlich vorgenommen werden, sofern nicht speziell für das jeweilige Grundlagengeschäft im Gesellschaftsvertrag, also „antizipiert“ gemeinschaftlich, etwas anderes bestimmt wurde. Im Gesellschaftsvertrag kann bspw. das Einstimmigkeitsprinzip bei Grundlagengeschäften durch das Mehrstimmigkeitsprinzip ersetzt werden. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt ist. Der Gesellschaftsvertrag muss die bestimmten (oder durch Auslegung bestimmbaren) Punkte im Einzelnen aufführen, für welche ein Mehrheitsbescheid zugelassen werden soll. Andernfalls ist ein Mehrheitsbeschluss, der ein Grundlagengeschäft zum Gegenstand hat, nichtig.

Beispiele für Grundlagengeschäfte: Änderung des Gesellschaftsvertrages, Änderungen hinsichtlich Art, Umfang und Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnisse, Änderungen des Gesellschaftszweckes, Beitragserhöhungen, Auflösung der Gesellschaft etc.

7.3.1.1.4. Haftung für Gesellschaftsschulden

Literaturhinweis:

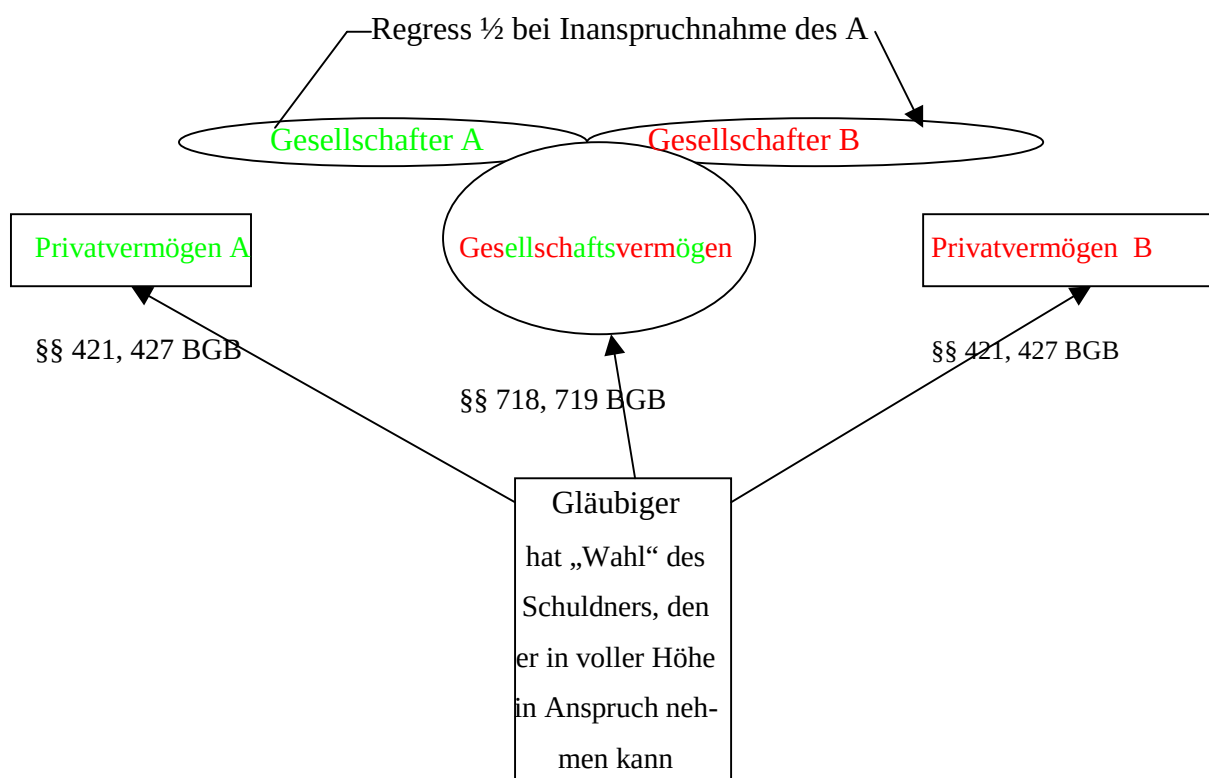
Scherer / Haas / Beyer S. 71 – 92

Führich S. 322

Gesellschaftsschulden sind Verbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis, für das das Gesellschaftsvermögen haftet.

- Für Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter einer GbR mit ihrem Gesellschaftsvermögen in ihrer Verbundenheit als Gesamthandsschuldner aus §§ 421, 718, 719 BGB.
- Zugleich haften die Gesellschafter der GbR als Gesamtschuldner mit ihrem Privatvermögen in unbeschränkter Höhe gem. §§ 714, 421, 427 BGB. Jeder Gesellschafter kann also vom Gläubiger bis zur vollen Höhe der Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen werden. Ein Ausgleich erfolgt dann im Innenverhältnis, sofern dies vom Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen wurde.

Übersicht: Haftung der GbR-Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld

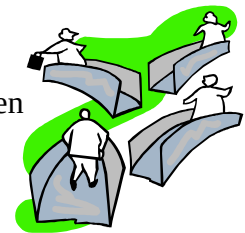


7.3.1.1.5. Gesellschafterwechsel und Kündigung

Die GbR ist eng gebunden an die Persönlichkeit ihrer Gesellschafter. Das Ausscheiden eines Gesellschafters führt daher in der Regel zur Auflösung der GbR. Gleichwohl besteht die Möglichkeit, dass die Gesellschafter durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag das Fortbestehen trotz Ausscheidens eines Gesellschafters regeln können (vgl. § 736 BGB). Hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens tritt bei Veränderungen im Gesellschafterbestand An- bzw. Abwachsung gem. § 738 BGB bei den verbleibenden Gesellschaftern ein (vgl. oben). Der ausscheidende Gesellschafter erwirbt lediglich einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch, nachdem ihm die zur Benutzung überlassenen Gegenstände zurückgegeben wurden und er gem. § 738 BGB von den gemeinschaftlichen Schulden befreit wurde.

7.3.1.1.6. Die Beendigung der Gesellschaft

Die GbR kann durch die in den §§ 723 – 728 BGB genannten Gründe aufgelöst werden. Hierzu zählen u.a. die Kündigung durch einen Gesellschafter, die Erreichung des Gesellschaftszwecks, die Insolvenz eines Gesellschafters oder der Tod desselben. Durch Parteivereinbarung können weitere Auflösungsgründe kreiert werden.



Wird die GbR aufgelöst, befindet sie sich in „Auseinandersetzung“. Der Gesellschaftszweck wandelt sich um zur Abwicklung und Verwertung des Gesellschaftsvermögens. Ziel hierbei ist es:

- Gegenstände, die die Gesellschafter der GbR zur Nutzung übertragen haben zurückzugeben,
- Einlagen zurückzuerstatten,
- das verbliebene Gesellschaftsvermögen nach Gewinnanteilen zu verteilen,
- Gesellschaftsschulden auszugleichen.

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung derselben nicht aus, werden die Einlagen nicht zurück erstattet und es besteht eine Nachschusspflicht der Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Verlustbeteiligung (vgl. § 735 BGB). Die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen bleibt auch nach der Verteilung des Gesellschaftsvermögens für noch offene Gesellschaftsschulden bestehen.

7.3.1.2. Offene Handelsgesellschaft

Literaturhinweis:

Führich S. 325 ff.

Die OHG ist eine Sonderform der Personengesellschaft. Sie unterscheidet sich von der GbR durch den verfolgten Gesellschaftszweck, der auf den Betrieb eines **Handelsgewerbes** unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (vgl. § 105 I HGB), wobei alle Gesellschafter (Komplementäre genannt) den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haften. Die gesetzlichen Regelungen finden sich in den §§ 105 – 160 HGB und ergänzende in den §§ 705 bis 740 BGB (vgl. § 105 III HGB).

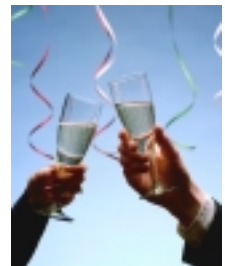
Die OHG ist durch die gesetzliche Regelung des § 124 I HGB teilrechtsfähig (vgl. oben).

7.3.1.2.1. Die Gründung der OHG

Literaturhinweis:

Scherer / Haas / Beyer S. 50 – 52

Die GbR entsteht im Innen- und Außenverhältnis mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Dies gilt nicht für die OHG. Zwar verweist die Klammervorschrift des § 105 III HGB auf die Vorschriften zur GbR, es sei denn in den §§ 105 ff. HGB fänden sich Sonderregelungen. Eine solche Spezialregelung aber beinhaltet § 123 HGB für das Entstehen der OHG nach außen. Für die Entstehung der OHG im Innenverhältnis hingegen verbleibt es bei den §§ 705 ff. BGB.



Somit ist für das Entstehen einer OHG zu differenzieren:

- Im Innenverhältnis richtet sich die Entstehung der OHG nach dem Gesellschaftsvertragsschluss.
- Nach § 123 I HGB ist für das Wirksamwerden im Außenverhältnis die Eintragung im Handelsregister erforderlich.
- Noch vor Eintragung besteht nach § 123 II HGB die Möglichkeit des Wirksamwerdens „durch Geschäftsbeginn“. Unter „Geschäftsbeginn“ iSd. § 123 I HGB fallen neben Vorbereitungshandlungen (z.B. Anmieten von Büroräumen) auch alle Handlungen

gen, die bereits unter ausdrücklicher Erwähnung der OHG gegenüber Dritten getätigt werden.

7.3.1.2.2. Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern

Literaturhinweis:

Führich S. 327 – 330

Das Verhältnis der Gesellschafter untereinander bestimmt sich in erster Linie wiederum nach den Regelungen des jeweiligen Gesellschaftsvertrages. Liegt keine vertragliche Regelung vor, so greifen die §§ 110 – 122 HGB bzw. subsidiär die §§ 705 ff. BGB.

→ Zur Geschäftsführung

Die Geschäftsführung ist vornehmliche Aufgabe der Komplementäre. Nach §§ 114, 115, 116 OHG hat jeder einzelne Gesellschafter für sich Geschäftsführungskompetenz (vgl. hierzu die entgegengesetzte Regelung des § 709 BGB zur GbR mit Gesamtgeschäftsführung). Gewöhnliche Geschäftsführungsaufgaben (z.B. Kleinkreditgewährung, normale Umsatzgeschäfte) haben jedoch zu unterbleiben, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter Widerspruch einlegt (§ 115 I HGB). Außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen müssen von sämtlichen Gesellschaftern beschlossen werden (§ 116 II HGB). Hierzu gehören Geschäfte, die über den üblichen Rahmen des Unternehmens hinaus gehen, etwa größere Bauvorhaben.

Die Befugnis zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung aus wichtigem Grund entzogen werden (§ 117 HGB).

→ Zum Gesellschaftsvermögen

Träger des Gesellschaftsvermögens sind wie bei der GbR die Gesellschafter zur gesamten Hand, allerdings unter ihrer gemeinsamen Firma, unter der die OHG im Handelsverkehr auftritt (§ 105 III HGB iVm. § 718 BGB).



→ Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben sich Ansprüche der Gesellschafter, die gegen die OHG gerichtet sind. Hierzu zählen u.a.: Beteiligung an Gewinn und Verlust (§§ 120, 121 HGB), Stimmrecht, Anspruch auf Vergütung für Geschäftsführung. Die Gesellschaft wieder-

um hat einen Anspruch gegenüber ihren Komplementären, u.a. auf Zahlung der Beiträge (§§ 105 III HGB, 706 BGB) und Unterlassung von Wettbewerb (§§ 112, 113 HGB).

7.3.1.2.3. Außenverhältnis zu Dritten

Literaturhinweis:

Scherer / Haas / Beyer S. 65 – 68 und 93 - 104

Führich S. 330 – 334

→ Zur Vertretung

In der OHG ist gem. § 125 I HGB grundsätzlich jeder Gesellschafter allein zur Vertretung berechtigt. Im Gesellschaftsvertrag können jedoch abweichende Regelungen getroffen werden, so etwa Gesamtvertretung aller oder mehrerer Gesellschafter (vgl. § 125 II HGB) oder Gesamtvertretung, indem die vertretungsberechtigten Gesellschafter entweder zusammen oder einzeln mit einem Prokuristen handeln (sogenannte „unechte Gesamtvertretung“ gem. § 125 III HGB).

Der vertretungsberechtigte Komplementär kann alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie die Erteilung und den Widerruf von Prokura vornehmen (§ 126 I HGB). Etwaige intern vereinbarte Beschränkungen des Vertretungsmachtsumfangs sind Dritten gegenüber unwirksam (§ 126 II HGB).

→ Zur Haftung für Verbindlichkeiten

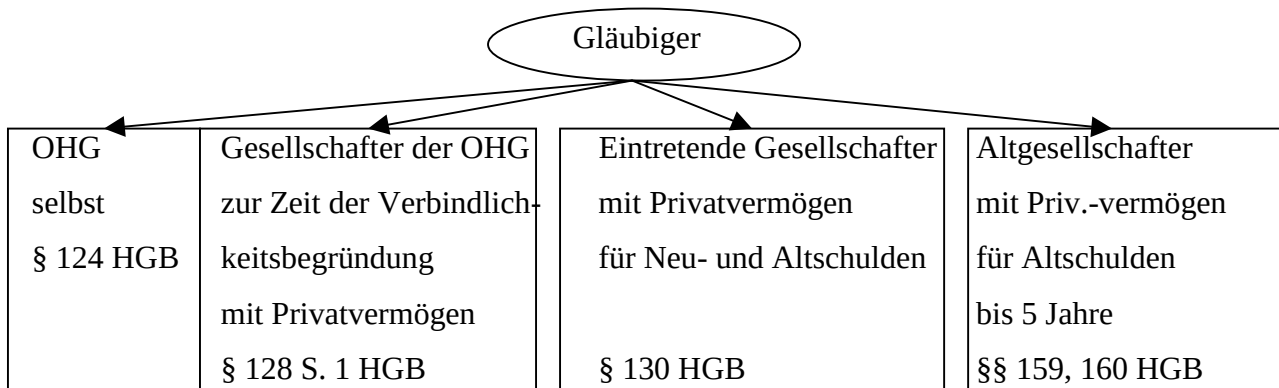
In einer OHG haftet zum einen die Gesellschaft selbst für Verbindlichkeiten (§ 124 I HGB). Daneben haften die Gesellschafter *persönlich, unbeschränkt, primär, unmittelbar und gesamtschuldnerisch* für die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Privatvermögen (§ 128 S. 1 HGB).

Die Gesellschafter schulden einem Gläubiger hierbei die Leistung grundsätzlich in Natur und nicht nur Geldersatz. Hiervon ist nach der Rechtsprechung nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn es dem in Anspruch genommenen Komplementär tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist, die Verbindlichkeit in Natur zu erfüllen (z. B. Rechnungslegung oder Auflassung eines Gesellschaftsgrundstücks).

Der in Anspruch genommene Gesellschafter kann gemäß § 129 HGB sowohl die Einwendungen ergeben, die der OHG selbst zustehen, als auch persönliche Einwendungen.

Gesellschafter, die erst nach der Verbindlichkeitsbegründung in die OHG eingetreten sind, haften nach der Maßgabe des § 130 HGB, ausgeschiedene Gesellschafter unter den Voraussetzungen der §§ 159, 160 HGB für Altschulden bis zu 5 Jahre.

Übersicht: Haftung in der OHG



7.3.1.2.4. Gesellschafterwechsel

Literaturhinweis:

Führich S. 335 ff.

→ Zum Ausscheiden eines Komplementärs

Der in der Praxis üblichste Weg, aus einer OHG auszusteigen ist der einvernehmliche Austritt, d.h. der Austretende einigt sich gütlich mit den übrigen Gesellschaftern über das Ausscheiden. Aber auch eine einseitige Kündigung gem. § 132 HGB mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende des Geschäftsjahres ist möglich. Gem. § 133 HGB kann ein Gesellschafter auch aus wichtigem Grund Auflösungsklage erheben. Ein solcher liegt vor bei einer wesentlichen und nachhaltigen Störung des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses. § 131 II HGB nennt darüber hinaus einige Gründe für das automatische Ausscheiden aus der OHG: So bei Tod des Gesellschafters (Nr. 1) oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters (Nr. 2).

→ Zum Eintritt einer Person in die OHG

Grundsätzlich gibt es zwei Arten, um in eine bestehende OHG einzutreten: Erstens durch die einvernehmliche Neuaufnahme durch Abschluss eines Aufnahmevertrages oder durch die

einvernehmliche Übertragung des Gesellschaftsanteils eines Altgesellschafters an eine andere Person.

7.3.1.2.5. Auflösung und Liquidation der OHG

→ Zur Auflösung

Die gesetzlichen Auflösungsgründe sind in § 131 I HGB aufgezählt (s.o.). Im Gesellschaftsvertrag können weitere Auflösungsgründe vereinbart werden. Die Auflösung ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 143 HGB).

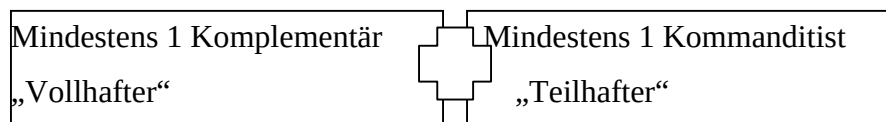
→ Zur Liquidation

Vorbehaltlich einer abweichenden Gesellschaftervereinbarung findet nach Auflösung der OHG die Liquidation derselben statt. Aus der „werbenden“ Gesellschaft wird die „sterbende“ Gesellschaft. Die OHG erhält „i.L.“ als Firmenzusatz und wird von „Liquidatoren“, die die Gesellschafter bestellen können (vgl. § 146 HGB), auseinandergesetzt. Hierbei werden alle laufenden Geschäfte beendet, Forderungen werden eingezogen und Gläubiger befriedigt, schließlich ist eine Schlussbilanz aufzustellen (§ 155 HGB). Weist diese einen Verlust auf, so müssen sich die Gläubiger direkt an die ehem. Gesellschafter um Ausgleich wenden. Nach Abschluss der Liquidation ist das Erlöschen der Firma zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden.

7.3.1.3. Die Kommanditgesellschaft (KG) und GmbH & Co. KG

Die KG ist eine Sonderform der OHG. Im Gegensatz zur OHG, die ausschließlich persönlich haftende Gesellschafter hat (Komplementäre), gibt es bei der KG darüber hinaus mindestens einen beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditist).

Übersicht: Gesellschafter in der KG



7.3.1.3.1. Die Entstehung der KG

Hinsichtlich des Entstehens der KG ergeben sich gegenüber den Ausführungen zur OHG keine Abweichungen, so dass über die Klammervorschrift des § 161 II HGB die gleichen Regelungen (insbesondere § 123 HGB) auch auf die KG Anwendung finden.

7.3.1.3.2. Die Rechtsstellung der Gesellschafter

→ Zum Komplementär

Die Rechtsstellung des Komplementärs in der KG entspricht derjenigen des Gesellschafters einer OHG. Insofern kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.

→ Zum Kommanditisten

Die Rechte und Pflichten des Kommanditisten sind in den §§ 163 ff. HGB aufgeführt. Sie sind verglichen mit den Rechten und Pflichten des Komplementärs gering. So hat der Kommanditist keine Geschäftsführungsbefugnis und keine Vertretungsbefugnis (§§ 164, 170 HGB). Ihn trifft auch kein Wettbewerbsverbot (§ 165 HGB).

Wohl trifft ihn jedoch eine Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung (§§ 167 – 169 HGB). Etwas vereinfacht kann man sagen, die Stellung des Kommanditisten ist auf die kapitalistische Beteiligung beschränkt. Freilich kann durch Gesellschaftsvertrag die Stellung des Kommanditisten gestärkt werden, so kann ihm rechtsgeschäftlich entgegen § 170 HGB Vertretungsmacht eingeräumt werden.

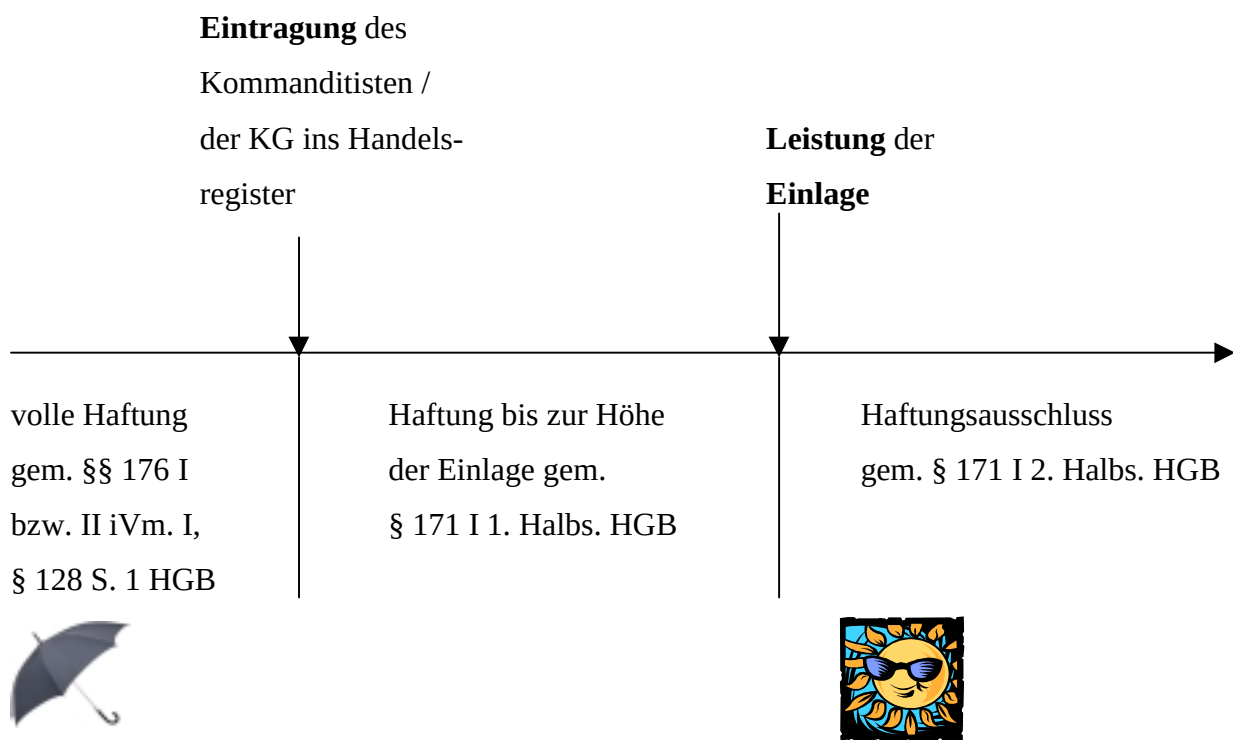
„Hauptaufgabe“ des Kommanditisten im Innenverhältnis ist jedoch die Leistung seiner Einlage. Erst wenn er diese geleistet hat, erlischt im Außenverhältnis seine Haftung (im Einzelnen: Scherer / Haas / Beyer S. 106 – 119).

Ganz entscheidend für die Frage der Haftung des Kommanditisten sind zwei Ereignisse: Die Eintragung der Kommanditistenstellung (§ 176 II HGB iVm. I S. 1 HGB) bzw. der KG (§ 176 I S. 1 HGB) ins Handelsregister zum Einen sowie die Leistung der „Pflichteinlage“ (§ 171 I 2. Halbsatz HGB) zum Anderen.

- Vor Eintragung der Kommanditistenstellung bzw. der KG ins Handelsregister haftet der Kommanditist unbeschränkt wie ein Komplementär gem. §§ 176, 128 S. 1 HGB.

- Nach Eintragung, aber noch vor Leistung der Pflichteinlage, haftet der Kommanditist bis zur Höhe der selben gem. § 171 I 1. Halbsatz HGB.
- Nach Leistung der Pflichteinlage erlischt die Haftung des Kommanditisten (§ 171 I 2. Halbsatz HGB) mit seinem Privatvermögen. Die Einlageleistung erfolgt üblicherweise durch Bezahlung der Haftsumme, kann aber auch durch andere vermögenswerte Leistungen eingebracht werden (z.B. Zurverfügungstellung von Know-how, Kundstamm oder Arbeitsleistung), sofern dies mit den Gesellschaftern vereinbart wurde. Wird die Einlage zurückgewährt, lebt die volle Haftung wieder auf (§ 172 IV HGB).

Übersicht: Haftung des Kommanditisten



7.3.1.3.3 Die GmbH & Co. KG

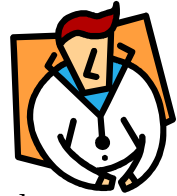
Die GmbH & Co. KG ist eine Kommanditgesellschaft, bei der üblicherweise die Rolle des Komplementärs statt einer natürlichen Person eine GmbH übernimmt, um so doch wieder für den Vollhafter eine Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der GmbH zu erreichen. Zur GmbH siehe unten 7.3.2.1.

7.3.1.4. Die Partnerschaftsgesellschaft

Literaturhinweis:

Scherer / Haas / Beyer S. 120 – 122

Am 01.07.1995 trat das Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe in Kraft. Zu den freien Berufen gehören Ärzte, Anwälte, Architekten, Steuerberater, u.v.m. (vgl. Katalog des § 1 II PartGG). Durch diese Gesetzesnovelle wurde dieser Berufsgruppe die Möglichkeit geschaffen, sich in der neuen Rechtsform der „Partnerschaft“ zusammenzuschließen. Da die freien Berufe nach der bekannten „Gewerbefinition“ (vgl. Skriptum Handelsrecht) keine OHG und KG gründen können, wurde hierdurch eine Lücke geschlossen.



Die PartG ist an die OHG angelehnt. Die Vorschriften des PartGG verweisen zum großen Teil auf die Vorschriften des HGB betreffend die OHG (vgl. § 7 I, II, III PartGG). Dementsprechend ist die PartG wie die OHG teilrechtsfähig: Die PartG ist Inhaberin des Gesellschaftsvermögens, grundbucheintragungsfähig und im Prozess parteifähig.

Die Geschäftsführung und Vertretung richtet sich nach den Regeln der OHG (vgl. § 7 III PartG).

Die Mitglieder der PartG müssen einen freien Beruf *aktiv* ausüben, so dass eine stille Beteiligung oder lediglich das Innehaben der Gesellschafterstellung nicht zulässig ist. Der Name der PartG muss den Namen mindestens eines Partners und den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ sowie die Berufsbezeichnung aller in der PartG vertretenen Berufe enthalten (§ 2 I PartGG).

Der Gesellschaftsvertrag unterliegt dem Schriftformerfordernis sowie dem Erfordernis der Aufnahme bestimmter Angaben (§ 3 I, II PartGG) und die PartG ist zur Eintragung im Partnerschaftsregister (angelehnt an das Handelsregister) anzumelden. Die Eintragung ist konstitutiv, also Wirksamkeitserfordernis (§§ 3, 4, 7 I PartGG). Die Geschäftsführung und Vertretung der PartG richtet sich gemäß § 6 III und § 7 III PartGG nach den entsprechenden Regelungen für die OHG.

Ist über die schuldhafte Pflichtverletzung eines Partners oder einer sonstigen gesellschaftsangehörigen Person eine Schuld der Gesellschaft begründet worden, so haften grundsätzlich alle Partner gesamtschuldnerisch neben der PartG (vgl. § 8 I PartGG). Gem. § 8 II PartGG (der „Clou“ der PartG!) kann diese Haftung jedoch beschränkt werden: „Waren nur einzelne Part-

ner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst, so haften nur sie gem. Abs. 1 für berufliche Fehler neben der Partnerschaft; [...]“

7.3.1.5. Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung

Literaturhinweis:

Scherer / Haas / Beyer S. 270 – 272

Führich S. 337 – 339

7.3.1.5.1. Anwendbares Recht

Regelungen zur EWIV, die ihren Sitz in Deutschland hat, finden sich in vier Rechtsquellen, die in einem hierarchischen Verhältnis zueinander stehen: Auf oberster Stufe steht die EG-Verordnung Nr. 2137/85 vom 25.07.1985, gefolgt vom EWIV-Ausführungsgesetz, welches letztlich auf die für die OHG geltenden Vorschriften verweist. Insofern ist die EWIV keine juristische Person, für sie gilt vielmehr § 124 HGB entsprechend (Teilrechtsfähigkeit!).



7.3.1.5.2. Zweck der EWIV

Zweck der EWIV ist die Erleichterung oder Entwicklung der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder sowie die Verbesserung der Ergebnisse dieser Tätigkeit. Die eigene Gewinnerzielung scheidet als Zwecksetzung aus (vgl. Art. 3 I EWIV-VO). Damit kann die EWIV kein Gewerbe ausüben. Im Vordergrund steht bei der EWIV weniger die Existenz einer neuen internationalen Gesellschaftsform, als vielmehr eines gesetzlichen Rahmens für Wirtschaft und Industrie, über nationale Grenzen hinweg zu kooperieren, bspw. im Rahmen von europaweiten Ausschreibungen, Joint Ventures, Arbeitsgemeinschaften oder der Schaffung von europäischen Konsortien auf den Gebieten Forschung und Entwicklung, Beschaffung, Produktion, Vertrieb und Datenverarbeitung.

7.3.1.5.3. Entstehung

Die Gründung einer EWIV erfordert einen Vertrag mit dem Mindestinhalt des Art. 5 EWIV-VO (vergleichbar § 106 HGB) und eine konstitutive Registereintragung in dem Mitglieds-

staat, in dem sie ihren Sitz nimmt. Der schriftlich abzufassende Vertrag ist beim Register zu hinterlegen (Art. 4, 7 EWIV-VO).

Wer Mitglied einer EWIV werden kann, bestimmt Art. 4 I EWIV-VO:

- Gesellschaften iSd. Art. 58 II EG-Vertrag (bspw. GbR, OHG, KG, juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, wenn sie einen Erwerbszweck verfolgen);
- Juristische „Einheiten“ des öffentlichen oder Privatrechts, also Gebilde, die keinen Erwerbszweck verfolgen (z. B. Stiftungen und Idealvereine);
- Natürliche Personen.

Erforderlich sind mindestens zwei Mitglieder aus unterschiedlichen Mitgliedsstaaten (Art. 4 II EWIV-VO).

7.3.1.5.4. Innenverhältnis

Organe der EWIV sind zumindest die Geschäftsführer, die die Geschäfte der Vereinigung führen (Art. 19 EWIV-VO) und sie nach außen hin vertreten (Art. 20 EWIV-VO), sowie die „Mitgliederversammlung“ (= die gemeinschaftlich handelnden Mitglieder), die jeden Beschluss zur Verwirklichung des Unternehmensgegenstandes fassen (Art. 16 EWIV-VO). Bei der Beschlussfassung besitzt jedes Mitglied grundsätzlich eine Stimme (Art. 17 EWIV-VO). Wird nichts anderes vereinbart, gilt bei der Abstimmung das Einstimmigkeitsprinzip (Art. 17 III EWIV-VO). Zwingend einstimmig sind Beschlüsse in den Fällen des Art. 17 II EWIV-VO (vergleichbar den Grundlagengeschäften) zu fassen.

Die Rechte und Pflichten der Mitglieder sind weitestgehend der Ausgestaltung durch die Vertragsparteien überlassen, wobei subsidiär OHG-Recht gilt. Nicht abdingbar ist jedoch das Auskunfts- und Kontrollrecht nach Art. 18 EWIV-VO. In Abweichung zum deutschen Recht sind die Mitglieder außerdem im Innenverhältnis bei Verlust regelmäßig zu gleichen Teilen zum Ausgleich verpflichtet (Art. 21 EWIV-VO), d.h. es besteht eine Nachschusspflicht.

Träger des Gesellschaftsvermögens ist wie bei der OHG die Gesamthand (§ 1 EWIV-Ausführungsgesetz iVm. §§ 105 III HGB, 718, 719 BGB).

7.3.1.5.5. Außenverhältnis

Die EWIV wird vertreten durch ihren Geschäftsführer bzw. bei mehreren Geschäftsführern durch jeden alleine (Einzelvertretungsmacht). Die Vertretungsmacht ist (wie bei der OHG) unbeschränkt. Die Vereinbarung einer Gesamtvertretung wirkt im Außenverhältnis nur bei ordnungsgemäßer Bekanntmachung (Art. 20 I EWIV-VO).

Die Mitglieder einer EWIV haften gem. Art. 24 I EWIV-VO „unbeschränkt und gesamtschuldnerisch“ für deren Verbindlichkeiten jeder Art. Im Gegensatz zu den deutschen Personengesellschaften ist jedoch die Haftung subsidiär ausgestaltet. Ein Mitglied ist zur Zahlung erst verpflichtet, wenn die EWIV trotz Zahlungsaufforderung nicht in angemessener Frist die Schuld begleicht (Art. 24 II EWIV-VO).

Wer neu in die EWIV eintritt, haftet für Altverbindlichkeiten der Vereinigung gem. Art. 24 I EWIV-VO. Die Altschuldenhaftung kann jedoch durch entsprechende Vereinbarung Dritten gegenüber ausgeschlossen werden, wenn sie nach Art. 8 EWIV-VO bekannt gemacht wird (Art. 26 II EWIV-VO).

Das Ausscheiden eines Mitglieds befreit nicht von der Haftung für Verbindlichkeiten der EWIV, die sich bereits vorher ergaben (Art. 34 EWIV-VO). Die Nachhaftung ist jedoch auf einen Zeitraum von fünf Jahren nach Bekanntmachung des Ausscheidens begrenzt (Art. 37 EWIV-VO).

7.3.2. Körperschaften

7.3.2.1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Literaturhinweis:

Führich S. 355 – 375

Die GmbH ist eine rechtsfähige, durch Organe handelnde Körperschaft, die zu jedem zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden kann und bei der den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§§ 1, 13 GmbHG). Die Gesellschafter sind durch einen bestimmten Geschäftsanteil („Stammeinlage“) an diesem beteiligt. Die Summe der von den Gesellschaftern aufzubringenden Stammeinlage ist das Stammkapital der GmbH (mindestens 25.000 €, § 5 I GmbHG).

Die GmbH ist eine Handelsgesellschaft und damit Formkaufmann (§§ 13 III GmbHG, 6 HGB). Das Wesen der GmbH lässt sich folgendermaßen umschreiben:

- juristische Person,
- Kapitalgesellschaft,
- Vorhandensein eines bestimmten Stammkapitals, an dem jeder Gesellschafter in Höhe seiner Stammeinlage beteiligt ist,
- Fremdorganschaft, d.h. Organe bestehen nicht notwendig aus Gesellschaftern,
- Haftungsbegrenzung der Gesellschafter auf Stammeinlage,
- Kaufmann



7.3.2.1.1. Gründung der GmbH

Die Gründung einer GmbH ist vergleichsweise kompliziert. Die GmbH entsteht als rechtsfähige Gesellschaft mit ihrer Eintragung im Handelsregister gem. § 11 I GmbHG. Bis dahin werden verschiedene Gründungsstadien durchlaufen:

- Bis zum Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages besteht eine sogenannte „Vorgründungsgesellschaft“. Auf diese sind abhängig vom Gesellschaftszweck, die Regeln über die GbR oder die OHG anzuwenden
- Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages (hiermit entsteht die „Vor-GmbH“),
- Bestellung der Organe,
- Aufbringung des Stammkapitals,
- Anmeldung zum Handelsregister,
- Eintragung im Handelsregister (hiermit entsteht die GmbH).



Im Einzelnen:

Der Gesellschaftsvertrag ist in notarieller Form abzufassen (§ 2 I GmbHG) und muss die in § 3 GmbHG vorgeschriebenen Regelungen enthalten (Firma und Sitz der Gesellschaft, Unternehmensgegenstand, Stammkapitalbetrag, Stammeinlagenquote).

Des weiteren ist zur Registeranmeldung mindestens ein Geschäftsführer zu benennen. Als solcher kommt neben den Gesellschaftern auch eine außenstehende dritte Person in Frage (Fremdorganschaftsprinzip).

Die Anmeldung zum Handelsregister darf erst erfolgen, wenn das Stammkapital bis zu einer gewissen Höhe aufgebracht wurde. Bei Bargründungen muss die Hälfte des Mindeststammkapitals (12.500 €) auf das Geschäftskonto eingezahlt werden, wobei auf jede Stammeinlage mindestens ein Viertel einzuzahlen ist (§ 7 II GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag kann auch bestimmen, dass das Gesellschaftskapital ganz oder zum Teil durch Sachwerte aufgebracht werden kann. Diese müssen voll erbracht sein und dem Geschäftsführer zur freien Verfügung stehen, ehe Anmeldung zum Handelsregister erfolgen kann (§ 7 III GmbHG).

Nach erfolgter Anmeldung zum Registergericht des Amtsgerichtes des Gesellschaftssitzes erfolgt die Überprüfung durch das Registergericht und schließlich die konstitutive Eintragung.

Im Gründungsstadium („Vor-GmbH“-Stadium) liegt noch keine „richtige“ GmbH vor. Die Vor-GmbH ist eine Organisation eigener Art, auf die jedoch GmbH –Recht zur Anwendung kommt, soweit es mit dem Wesen der Vor-GmbH vereinbar ist. Die Vor-GmbH kann bereits am Geschäftsleben teilnehmen. Für hierdurch begründete Verbindlichkeiten haftet die Vor-GmbH mit dem den Gründern gesamthänderisch zustehenden Gesellschaftsvermögen. Daneben haften nach herrschender Ansicht auch die Gesellschafter persönlich bis zur Höhe ihrer offenen Einlageschuld. Soweit die Einlage noch nicht geleistet ist, haften die Gründer somit auch mit ihrem Privatvermögen. Diese Haftung erlischt mit Eintragung der GmbH ins Handelsregister. Nach § 11 II GmbHG existiert darüber hinaus die sog. „Handelndenhaftung“ in der Vor-GmbH. Handelnde nach § 11 II GmbHG sind alle Personen, die nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages, aber noch vor Eintragung der GmbH als Geschäftsführer oder wie Geschäftsführer der künftigen GmbH auftreten.

Übersicht: Haftung in der Vor-GmbH

Haftung der Vor-GmbH mit Gesellschaftsvermögen	Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH - beschränkt auf offene Einlage - Erlöschen mit Eintragung	Handelndenhaftung - Organe der künftigen GmbH - Erlöschen mit Eintragung

Werden zum Zweck der Errichtung der Gesellschaft falsche Angaben gemacht, so haften die Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft der GmbH nach § 9a GmbHG auf Schadensersatz.

7.3.2.1.2. Organe der GmbH

Die GmbH hat zwei notwendige Organe: die Geschäftsführer und die Gesellschafterversammlung. Fakultativ kann eine GmbH einen Aufsichtsrat installieren, dem in der Regel Überwachungsfunktion zukommt.

→ Zum Geschäftsführer

Die Geschäftsführer vertreten die GmbH nach außen und führen die Geschäfte nach innen. Die Vertretungsmacht ist unbeschränkt (§ 37 II GmbHG), eine etwaige Beschränkung wirkt nur im Innenverhältnis. Die Geschäftsführungsbefugnis hingegen ist beschränkt bis hin zur völligen Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers. Das GmbHG hebt in den §§ 41 ff. GmbHG einzelne besondere Aufgaben des Geschäftsführers hervor, so etwa die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung und Bilanzierung. Wird die GmbH zahlungsunfähig oder tritt Überschuldung ein, hat der Geschäftsführer drei Wochen Zeit, das Insolvenzverfahren zu beantragen (§ 64 GmbHG).

Der oder die Geschäftsführer werden durch Satzung oder Gesellschafterbeschluss bestellt und sind jederzeit abrufbar, wobei die Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt ist.

→ Zur Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung ist die Gesamtheit der Gesellschafter und als solches das „oberste Willensbildungsorgan“ der GmbH. Zu ihren Aufgaben zählen gem. § 46 GmbHG u.a.: Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, Feststellung von Jahresabschluss und Gewinnverteilung oder Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlage.

Die Gesellschafterversammlung wird von den Geschäftsführern einberufen (mindestens eine Woche vorher mit eingeschriebenem Brief, § 51 GmbHG). In der Gesellschafterversammlung werden Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Kapitalmehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag oder das Gesetz (z.B. für Satzungsänderungen, § 53 GmbHG), etwas anderes bestimmen. Abgestimmt wird nach Geschäftsanteilen, wobei nach § 47 II GmbHG je 50 € des Geschäftsanteils eine Stimme gewähren.

→ Zum Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat ist fakultativ, bei größeren GmbH in der Praxis durchaus üblich. Der Aufsichtsrat ist primär Kontrollorgan der Geschäftsführung.

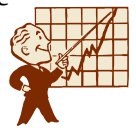
7.3.2.1.3. Die Rechtsstellung des Einzelgesellschafters

→ Zum Geschäftsanteil als Mitgliedschaftsrecht

Die Mitgliedschaft des Einzelgesellschafters ist verkörpert in seinem Geschäftsanteil. Er ist die vermögensrechtliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Der Gesellschafter kann über seinen Anteil grundsätzlich frei verfügen (abweichende Regelung in der Satzung möglich durch sog. „Vinkulierung“). Die Anteilsübertragung bedarf wie das Grundgeschäft der notariellen Form (§ 15 III, IV GmbHG). Das Verfügungsrecht umfasst neben der Übertragung des Anteils auch dessen Belastung oder Aufgabe.

Der Gesellschafter kann zwangsweise ausgeschlossen werden, wenn er die Einzahlung der Stammeinlage verzögert (§§ 21 ff. GmbHG). Es ist darüber hinaus anerkannt, einen Gesellschafter aus „wichtigem Grund“ auszuschließen.

→ Rechte der Gesellschafter

- Das wichtigste Recht des Gesellschafters ist der Anspruch auf den seinem Anteil entsprechenden Bruchteil des Reingewinns, den die GmbH erzielt hat. Entsprechend § 29 I GmbHG bestimmt die Gesellschafterversammlung über die Gewinnverwendung (§ 46 Nr. 1 GmbHG), also darüber, inwieweit der Reingewinn als Gewinnrücklage eingestellt wird, oder ausgeschüttet wird. 
- Daneben stehen den Gesellschaftern bestimmte Mitwirkungsrechte zu, insbesondere das Stimmrecht bei der Gesellschafterversammlung (§ 47 GmbHG) sowie Auskunfts- und Einsichtsrechte (§ 51a GmbHG).

→ Pflichten der Gesellschafter

Vornehmliche Gesellschafterpflicht ist die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals (§§ 5, 30 ff. GmbHG). Sieht die Satzung eine solche vor, so trifft den Gesellschafter auch eine Nachschusspflicht, etwa zur Überwindung von Liquiditätsproblemen.

7.3.2.1.4. Auflösung und Liquidation

Die GmbH wird aus den in § 60 GmbHG genannten Gründen aufgelöst: u.a. wegen Zeitablaufs, durch Beschluss der Gesellschafter mit $\frac{3}{4}$ - Mehrheit der abgegebenen Stimmen oder wegen Vermögenslosigkeit der Gesellschaft. Die Satzung kann weitere Auflösungsgründe bestimmen. Die Abwicklung der „GmbH i.L.“ besorgen Liquidatoren (§§ 70 ff. GmbHG), die die laufenden Geschäfte zu beenden, Verbindlichkeiten zu erfüllen und ausstehende Forderungen einzutreiben haben. Mit der Verteilung eines etwaigen Erlöses ist ihre Aufgabe erfüllt, mit Löschung der Gesellschaft ist die GmbH beendet.

7.3.2.2. Die Aktiengesellschaft

Literaturhinweis:

Führich S. 376 – 383

Die AG ist gekennzeichnet durch folgende Merkmale:

- juristische Person,
- Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen,
- Zerlegung des Grundkapitals in Aktien.
- Formkaufmann.

7.3.2.2.1. Das Entstehen der AG

Die Gründung der AG vollzieht sich in mehreren Akten:

- Zunächst ist ein (notariell zu beurkundender) Gesellschaftsvertrag abzuschließen zwischen mindestens fünf Gründern. Der Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus § 23 AktG.
- Anschließend sind die Aktien durch die Gründer zu übernehmen (§ 29 AktG).
- Hierauf werden die Organe bestellt (§ 30 AktG) und ein Gründungsbericht erstellt. Vorstand und Aufsichtsrat haben die Gründung zu überprüfen.
- Die Einlagen müssen erbracht werden (§§ 36, 36a AktG).

- Schließlich ist die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Registergericht überprüft die ordnungsgemäße Errichtung und Anmeldung. Mit der Eintragung entsteht die AG.

7.3.2.2.2. Die Organe der AG

→ Der Vorstand

Dem Vorstand obliegt die Geschäftsführung und Vertretung der AG (§§ 76 – 94 AktG). Bei einem mehrgliedrigen Vorstand besteht vorbehaltlich einer anderen Regelung im Gesellschaftsvertrag Gesamtvertretung (§ 78 AktG). Vorstandsmitglieder werden auf maximal fünf Jahre durch den Aufsichtsrat bestellt. Der Vorstand handelt eigenverantwortlich und unterliegt keinen Weisungen. Vorstandsmitglieder haften bei Pflichtverletzungen der Gesellschaft gem. § 93 AktG.

→ Der Aufsichtsrat



Der Aufsichtsrat kontrolliert den Vorstand, den er bestellt und abberuft (§§ 95 – 116 AktG). Er vertritt die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand. Der Aufsichtsrat zählt mindestens drei Mitglieder. Er kann auch mehr Mitglieder umfassen, die Zahl muss jedoch durch drei teilbar sein.

→ Die Hauptversammlung

Die Hauptversammlung ist die Versammlung aller Aktionäre der Gesellschaft. Sie wird grundsätzlich durch den Vorstand (§ 121 II AktG) mindestens ein mal im Jahr einberufen. Sie ist zuständig für alle im AktG oder in der Satzung genannten Angelegenheiten, insbesondere für Fragen, die den Aufbau und die Kapitalgrundlage der AG betreffen, sowie für die Wahl und Abberufung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. Die Willensbildung in der Hauptversammlung erfolgt durch Beschlüsse. Jeder Aktionär ist stimmberechtigt, sofern er nicht stimmrechtslose „Vorzugsaktien“ besitzt. Das Stimmrecht bestimmt sich grundsätzlich nach dem Nennbetrag des gehaltenen Aktienpaketes. Für einen Beschluss ist grundsätzlich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich (§ 133 AktG). Teilweise wird vom Gesetz jedoch die $\frac{3}{4}$ - Mehrheit des in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals erfordert. Beschlussmängel können zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Beschlusses führen (vgl. § 241 AktG).



Neben dem Stimmrecht ist das Auskunftsrecht der Aktionäre deren wichtigstes Recht in der Hauptversammlung (§§ 131, 132 AktG).

7.3.2.3. Die Genossenschaft

Die eingetragene Genossenschaft (eG) ist eine rechtsfähige Körperschaft nach Art des Vereins, die die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zum Gegenstand hat und deren Mitgliederzahl nicht geschlossen ist (§ 1 GenG).

Die Genossenschaft ist eine körperschaftlich organisierte juristische Person des Privatrechts (§ 17 I GenG), die Kaufmann kraft Rechtsform ist (§ 6 HGB, § 17 II GenG). Sie tritt unter einer Firma auf, die die Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft“ oder das Kürzel „eG“ enthalten muss (§ 3 GenG). Haftungsgrundlage ist ausschließlich das Gesellschaftsvermögen (§ 2 GenG). Zur Entstehung der Genossenschaft ist deren Eintragung erforderlich (§ 10 GenG). Hauptunterscheidungsmerkmal gegenüber GmbH und AG ist die intensivere persönliche Beteiligung der Mitglieder (= Genossen).

7.3.2.4. Der Verein

Literaturhinweis:

Führich S. 29 – 31

Der Verein ist der Grundtyp aller Körperschaften. Er unterscheidet sich von den Personengesellschaften dadurch, dass er eine körperschaftliche Struktur besitzt und – als rechtsfähiger Verein – juristische Person ist.

Das BGB unterscheidet zwischen dem nichtwirtschaftlichen (§ 21 BGB) und dem wirtschaftlichen (§ 22 BGB) Verein.

Beide Vereine sind zunächst nicht rechtsfähig. Der nichtwirtschaftliche Verein erlangt seine Rechtsfähigkeit durch Eintragung ins Vereinsregister (§ 21 BGB), der wirtschaftliche Verein wird durch staatliche Verleihung rechtsfähig (§ 22 BGB).

7.3.2.4.1. Der nichtwirtschaftliche eingetragene Verein (e.V.)



Der nichtwirtschaftliche eingetragene Verein, auch Idealverein genannt, liegt vor, wenn der Zweck des e.V. nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, sondern auf Förderung von sportlichen, politischen, wissenschaftlichen, wohltätigen oder künstlerischen Zwecken.

→ Zur Entstehung

Zur Gründung müssen folgende Voraussetzungen (§§ 21, 57, 56, 59 BGB) vorliegen:

- Satzung mit Angabe des Zwecks, Namens, Vereinssitzes und Vorstands,
- Mindestens sieben Gründungsmitglieder,
- Anmeldung zur Eintragung ins Vereinsregister,
- Eintragung.

→ Organe des e.V.

Der Verein hat als Vereinsorgane den Vorstand und die Mitgliederversammlung

Der Vorstand ist für die Geschäftsführung und Vertretung des Vereins zuständig. Seine Vertretungsmacht kann durch Satzung auch Dritten gegenüber beschränkt werden (§ 26 BGB). Der Vorstand wird bestellt durch Beschluss der Mitgliederversammlung. Die Bestellung ist grundsätzlich frei widerruflich. Neben dem Vorstand können durch Satzung besondere Vertreter für bestimmte Geschäftskreise bestellt werden (§ 30 BGB). Nach § 31 BGB ist der Verein für den Schaden verantwortlich, den einer seiner Organe (besonders der Vorstand) in Ausführung seiner Aufgaben einem Dritten zugefügt hat. Der Verein haftet also für Schäden, als habe er selbst gehandelt.

In der Mitgliederversammlung werden alle Angelegenheiten durch Beschlussfassung geordnet. Es entscheidet die Mehrheit der erschienen Mitglieder (§ 32 BGB). Dabei sind Mitglieder, die sich der Stimme enthalten, wie nicht erschienen zu behandeln.

→ Beendigung des Vereins

Der Verein wird aufgelöst durch Beschluss der Mitgliederversammlung (§ 41 BGB), er verliert seine Rechtsfähigkeit durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens sowie unter den Voraus-

setzungen des § 43 BGB durch Entzug. Für die Liquidation des Vereinsvermögens gelten die §§ 47 ff. BGB

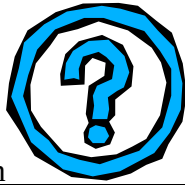
7.3.2.4.2. Der wirtschaftliche Verein

Ist der Zweck eines Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, so handelt es sich gem. § 22 BGB um einen wirtschaftlichen Verein. Die Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins ist subsidiär, d.h. die Verleihung der Rechtsfähigkeit darf nur erfolgen, wenn es für die Vereinigung wegen besonderer Umstände des Einzelfalls unzumutbar ist, sich in einer der für rechtsfähige wirtschaftliche Zusammenschlüsse bundesgesetzlich bereitgestellten Rechtsformen zu organisieren. Aus diesem Grund sind wirtschaftliche Vereine äußerst selten.

7.3.2.4.3. Der nichtrechtsfähige Verein

Wird der nichtwirtschaftliche Verein nicht ins Vereinsregister eingetragen, fehlt ihm die Rechtsfähigkeit. Auf diesen Verein finden nach dem Wortlaut des § 54 S. 1 die Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) Anwendung. Die Verweisung auf das Gesellschaftsrecht hat historische Gründe und wird heute als verfehlt angesehen. Durch die Regelung des § 54 S. 1 BGB sollten alle nichtrechtsfähigen Vereine mit politischen, sozialen oder religiösen Zwecken dazu angehalten werden, die Rechtsfähigkeit zu erwerben und sich so der Kontrolle der Verwaltungsbehörden zu unterwerfen. Dies gilt als überholt. Insofern besteht heute Einigkeit darüber, dass entgegen § 54 S. 1 BGB die Vorschriften der §§ 24 ff. BGB Anwendung finden, sofern diese nicht gerade die Rechtsfähigkeit des Vereins voraussetzen.

Beispiele für nichtrechtsfähige Vereine: Gewerkschaft, Arbeitgeberverband, politische Parteien.



7.4. Kontrollfragen

Frage 1:

In welche zwei großen Gruppen lassen sich die Gesellschaften einteilen?

Frage 2:

Nennen Sie Beispiele für Personengesellschaften und für Körperschaften!

Frage 3:

Welche Kennzeichen sind den Personengesellschaften gemein?

Frage 4:

Welche Kennzeichen sind den Körperschaften gemein?

Frage 5:

Beschreiben Sie die Begriffe „Innenverhältnis“ und „Außenverhältnis“!

Frage 6:

Nennen Sie die drei Charakteristiken, die der „Gesamthandsgemeinschaft“ zu eigen sind!

Frage 7:

Was bedeutet „Rechtsfähigkeit“?

Frage 8:

Sind Personengesellschaften (GbR, OHG, KG) rechtsfähig? Sind Körperschaften rechtsfähig?

Frage 9:

Wodurch entsteht eine GbR?

Frage 10:

Wie sind die Vertretungsverhältnisse in der GbR geregelt?

Frage 11:

Was sind „Grundlagengeschäfte“? Was ist ihre Besonderheit?

Frage 12:

Wie haften Gesellschafter einer GbR für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten?

Frage 13:

Wodurch unterscheidet sich die OHG von der GbR?

Frage 14:

Nach innen entsteht die OHG durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Ist die OHG damit auch schon nach außen wirksam?

Frage 15:

Wie heißen die Gesellschafter der OHG? Wie ist deren Haftung für Gesellschaftsschulden?

Frage 16:

Wodurch unterscheidet sich die KG von der OHG?

Frage 17:

Beschreiben Sie die Haftung des Kommanditisten in den Stadien „vor bzw. nach Eintragung des Kommanditisten / der KG“, und „nach Leistung der Einlage“.

Frage 18:

Wie vollzieht sich die Gründung der GmbH?

Frage 19:

Wie heißt die Gesellschaft nach Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages aber noch vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister?

Frage 20:

Wie heißen die Organe der GmbH?

Frage 21:

Wie heißen die Organe der AG?

Frage 22:

Welche zwei Vereinsarten unterscheidet das BGB?

Frage 23:

Wodurch erlangen der nichtwirtschaftliche / der wirtschaftliche Verein Rechtsfähigkeit?



7.5. Antworten

Antwort 1:

Personengesellschaften und Körperschaften

Antwort 2:

Personengesellschaften: GbR, OHG, KG, PartG, EWIV, stG

Körperschaften: Verein, GmbH, AG, eG

Antwort 3:

- Auslegung auf kleine Mitgliederzahl (Vertrauensprinzip!)
- Einstimmigkeitsprinzip (vorbehaltlich abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag)
- Selbstorganschaft
- Persönliche Haftung der Gesellschafter mit Privatvermögen
- Ausschluss der Gesellschaftsanteilsübertragung (vorbehaltlich abw. Regelung im GV)

Antwort 4:

- Theoretisch unbegrenzte Mitgliederzahl
- Mehrheitsprinzip
- Fremdorganschaft

- Entstehung knüpft an weitere Voraussetzungen neben Gesellschaftsvertragsabschluss (insbesondere Eintragung ins Handelsregister)
- Mitgliedschaft (außer beim Verein) übertragbar
- Haftung beschränkt auf Gesellschaftsvermögen

Antwort 5:

Innenverhältnis: Verhältnis der Gesellschafter zueinander

Außenverhältnis: Verhältnis Gesellschaft / Gesellschafter zu außenstehenden Dritten

Antwort 6:

- Verfügungsverbot: Grundsätzlich ist Gesellschaftsanteil nicht übertragbar
- Anwachsungsprinzip: Anteil eines ausscheidenden Gesellschafters wächst verbleibenden Gesellschaftern automatisch zu.
- Surrogationsprinzip: Zu dem gesamthänderisch gebundenen Vermögen gehört auch, was aufgrund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.

Antwort 7:

Rechtsfähigkeit = Fähigkeit, Träger von Rechten oder Pflichten zu sein (z.B. Fähigkeit vor Gericht zu klagen / verklagt zu werden, Erbenstellung einzunehmen oder Schuldner / Gläubiger einer Forderung zu sein).

Antwort 8:

Personengesellschaften sind dem Grundsatz nach nicht rechtsfähig. Aber: § 124 I HGB (bzw. §§ 161 II, 124 I HGB) verleiht OHG (KG) Teilrechtsfähigkeit für bestimmte Rechtsfragen. Nach neuester Rechtsprechung gilt dies auch für die GbR.

Antwort 9:

Durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages. Notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrages: Zusammenschluss einer Mehrheit von Personen zwecks Förderung eines gemeinsamen Zwecks.

Antwort 10:

Grundsätzlich: Nach Gesellschaftsvertrag

Subsidiär: Nach §§ 714, 709, d.h. Umfang der Vertretungsmacht richtet sich nach Umfang der Geschäftsführungsbefugnis, die sich

Grundsätzlich nach Gesellschaftsvertrag richtet,

subsidiär nach § 709 BGB (Gesamtgeschäftsführungsbefugnis)

Antwort 11:

Grundlagengeschäfte sind alle Handlungen, die die Grundlage der Gesellschaft selbst, die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander oder die Zusammensetzung und Organisation der Gesellschaft betreffen. All diese Grundlagengeschäfte müssen gemeinschaftlich vorgenommen werden, sofern nicht *speziell* für das *jeweilige* (Bestimmtheitsgrundsatz!) Grundlagengeschäft im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt wurde.

Antwort 12:

Als Gesamtschuldner mit ihrem Privatvermögen (§§ 714, 421, 427 BGB) und

Als Gesamthandsschuldner mit dem Gesellschaftsvermögen (§§ 714, 718, 719 BGB)

Antwort 13:

OHG = GbR + Zweck ist Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma

Antwort 14:

Nein! Wirksamkeit nach außen erfolgt erst mit Eintragung ins Handelsregister (§ 123 I HGB) oder durch „Geschäftsaufnahme“ (§ 123 II HGB).

Antwort 15:

Komplementäre.

Haftung: Gleichberechtigt neben Gesellschaft, persönlich, unbeschränkt, unmittelbar und gesamtschuldnerisch

Antwort 16:

KG = OHG + mindestens ein Kommanditist als Gesellschafter

Antwort 17:

Vor Eintragung: Volle Haftung unter den Voraussetzungen des § 176 HGB

Nach Eintragung aber vor Leistung der Einlage: Haftung bis Höhe der Einlage (§ 171 I 1. Halbsatz HGB)

Nach Leistung der Einlage: Haftungsausschluss gem. § 171 I 2. Halbsatz HGB

Antwort 18:

- Abschluss des Gesellschaftsvertrages
- Bestellung der Organe
- Aufbringung des Stammkapitals
- Anmeldung zum Handelsregister
- Eintragung im Handelsregister

Antwort 19:

Vor-GmbH

Antwort 20:

Geschäftsführer, Gesellschafterversammlung (jeweils zwingend), Aufsichtsrat (fakultativ)

Antwort 21:

Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung (jeweils zwingend)

Antwort 22:

Wirtschaftlicher Verein und nichtwirtschaftlicher Verein

Antwort 23:

Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Verein sind zunächst nicht rechtsfähig. Rechtsfähigkeit erlangt der nichtwirtschaftliche Verein durch Eintragung ins Vereinsregister, der wirtschaftliche Verein durch staatliche Verleihung.

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 8: Titel: Existenzgründung, Risiko- und Krisenmanagement

Referent : Prof. Dr. Josef Scherer

Sendetermin:16.05.2001

Skriptum:

- Gliederung -

8. Existenzgründung, Risiko- und Krisenmanagement

8.1 Existenzgründung

8.1.1 *Wahl der geeigneten Rechtsform*

8.1.2 *Anmeldung und Registrierung sowie sonstige Gründungshandlungen*

8.1.3 *Existenzgründungsberatung / Finanzierungshilfen*

8.1.4 *Standortwahl*

8.2 Risiko und Krisenmanagement

8.2.1 *Risikosignale*

8.2.1.1 *Risikosignale für den Unternehmer*

8.2.1.2 *Risikosignale für den Gläubiger*

8.2.2 *Risikoerkennungsinstrumente*

8.2.3 *Krisenmanagement*

8.2.3.1 *Sanierung ohne Insolvenzverfahren*

8.2.3.2 *Sanierung im Insolvenzverfahren*

8.3 Kontrollfragen

8.4 Antworten

8.1. Existenzgründung

8.1.1. Wahl der geeigneten Rechtsform

Literaturhinweis:

Skriptum zum Gesellschaftsrecht (Folge 7)

Führich, S. 308 – 311 und S. 384 – 385

Herz Peter, Profi-Handbuch für Existenzgründer, Regensburg, Bonn 1997

Collrepp, Friedrich von, Handbuch Existenzgründung, Stuttgart 1998

Schmoeckel, Reinhard, Meine Rechte und Pflichten als junger Unternehmer, 3. Auflage, München 1998

Steib, Hans, Ich mache mich selbständig III / IV, Hrsg. IHK für München und Oberbayern, 3. bzw. 6. Auflage, 1992 / 1997



Für jeden Existenzgründer stellt sich zu Beginn die Frage, in welcher Rechtsform sein Betrieb am besten zu führen sein wird. Dafür ist entscheidend, dass sich der Gründer neben steuerlichen Aspekten auch Klarheit über folgende Punkte verschafft:

- Soll das Unternehmen gemeinschaftlich mit anderen geführt werden oder alleine?
- Soll das Haftungsrisiko das Privatvermögen mit einschließen, oder auf das Betriebsvermögen beschränkt sein?
- In welcher Organisationsform soll der Betrieb geführt werden?
- Welcher Aufwand bei Gründung und später bei der Unternehmensgründung soll betrieben werden?

Ziel der Rechtsformwahl ist es, diejenige Rechtsform zu wählen, die den Zielvorgaben am ehesten entspricht und negative Auswirkungen möglichst gering hält. Erweist sich eine gewählte Form im nachhinein als unzweckmäßig, so ist eine Umwandlung möglich (vgl. hierzu das ausführliche Umwandlungsgesetz, UmwG).



→ Entscheidungsfaktor „gemeinschaftlich“ oder „Einzelunternehmerschaft“

Entscheidet sich der Gründer für ein Einzelunternehmen, so entschließt er sich für eine der kostengünstigsten Formen der Unternehmensgründung. Die Wahl der

Einzelunternehmerschaft garantiert auch in der Folgezeit einen geringen Aufwand hinsichtlich Buchhaltung, Entscheidungsfindung und Vertretung nach außen.

Entscheidet sich der Gründer für eine gemeinschaftliche Vorgehensweise, so hat er eine Gesellschaft zu gründen. Ob er sich hier für eine Personengesellschaft (GbR, OHG, KG, PartG etc.) oder eine Körperschaft entscheidet, hängt wiederum von einer Vielzahl von Faktoren ab (die z.T. bereits im Skriptum zum Handelsrecht dargestellt wurden. Der Vollständigkeit seien sie im Wesentlichen hier nochmals aufgeführt).

→ Entscheidungsfaktor Organisation

Bei Personengesellschaften gilt der Grundsatz der „Selbstorganschaft“, d.h. es besteht eine untrennbare Koppelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mit der Person der persönlich haftenden Gesellschafter. Bei Körperschaften herrscht „Fremdorganschaft“, so dass hochqualifizierte (und teure) außenstehende Nichtgesellschafter per Anstellungsvertrag zur Geschäftsführung herangezogen werden können.

Zieht man also vor, „unter sich“ zu bleiben, empfiehlt sich eine Personengesellschaft, will man qualifizierte Führungskräfte von außen nachziehen, spricht dies für eine Körperschaft.

→ Entscheidungsfaktor Haftung

Auch die Haftungsfrage ist heranzuziehen. Während etwa bei der GbR und der OHG alle Gesellschafter persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften (bei der KG nur die Komplementäre, siehe Skriptum zum Handelsrecht, Folge 6), erlauben die Körperschaften eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen.



→ Entscheidungsfaktor Vermögensordnung

Bei den Personengesellschaften sind die Gesellschafter selbst Träger des Gesellschaftsvermögens, das ihnen nur gemeinschaftlich als „Gesamthandsvermögen“ zusteht und dem Gesellschaftszweck dient. Die gesamthänderische Bindung besagt, dass jeder Gesellschafter zwar Träger des gemeinschaftlichen Vermögens ist, seine Verfügungsmacht darüber jedoch beschränkt ist durch die Mitberechtigung der anderen (vgl. § 719 BGB). Dies erschwert eine Gesellschaftsanteilsübertragung, stärkt aber das Vertrauen in den Bestand genau der gewollten personellen Zusammensetzung der Personengesellschaft.

Bei den Körperschaften ist Inhaber des Vermögens die juristische Person. Die Gesellschafter haben also ein leicht übertragbares Anteilsrecht am Grund- bzw. Stammkapital. Der

Gesellschafterbestand kann leicht wechseln. Dies erhöht die Verkehrsfähigkeit der Gesellschafterstellung, ein Vertrauensmoment in den Bestand der aktuellen Gesellschafterzusammensetzung entsteht jedoch nicht.

→ Entscheidungsfaktor Gründungskosten

Personengesellschaften sind schnell, leicht und kostengünstig zu gründen.

So ist etwa die Gründung einer GbR dann vollzogen, wenn sich eine Mehrheit von Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließt (§ 705 BGB). Dies kann bereits durch Vereinbarung einer Fahrgemeinschaft der Fall sein. Weitere Erfordernisse (z.B. Eintragung ins Handelsregister) sind nicht erforderlich.



Der Gründungsvorgang von Körperschaften hingegen ist zeitintensiv, kostenträchtig (Aufbringung des Stammkapitals!) und juristisch kompliziert (vgl. hierzu Skriptum zum Gesellschaftsrecht, Folge 7).

→ Entscheidungsfaktor Ansehen

Nicht zu unterschätzen sind die Auswirkungen der Rechtsformwahl auf die Kreditwürdigkeit. Personengesellschaften genießen aufgrund der persönlichen Verantwortlichkeit der Gesellschafter bei Banken im Durchschnitt höheres Ansehen als Körperschaften. Gerade die GmbH genießt einen insoweit schlechten Ruf („Gehste mit biste hin“).

Weitere Entscheidungskriterien bei Führich a.a.O.

8.1.2. Anmeldung und Registrierung sowie sonstige Gründungshandlungen



Erfordert das Unternehmen einen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, ist eine Eintragung ins **Handelsregister** obligat vorzunehmen. Liegt nur ein Kleingewerbe vor, möchte der Eigentümer des Unternehmens jedoch trotzdem als Kaufmann im Geschäftsverkehr auftreten, so ist ebenfalls eine (in diesem Fall konstitutive) Handelsregistereintragung vorzunehmen (vgl. ausführlich hierzu das Skriptum zum Handelsrecht, Folge 6).

Wer ein Gewerbe beginnen will (zur Definition des Gewerbes vgl. Skriptum zum Handelsrecht, Folge 6), muss dies beim zuständigen **Gewerbeamt** anmelden. Die so genannte Gewerbeanzeige ist vorzunehmen:

- Bei Eröffnung eines selbstständigen Betriebes, einer Zweigniederlassung oder einer unselbstständigen Zweigstelle;
- Bei einer Betriebsverlegung;
- Bei einer Auswechslung des Gewerbetätigkeitsgegenstandes;
- Bei Ausdehnung des Gewerbetätigkeitsgegenstandes auf andere Leistungen;
- Bei Betriebsaufgabe.

Üblicherweise genügt die bloße Anzeige, um mit der gewerblichen Tätigkeit beginnen zu können. Für einige Gewerbebezüge jedoch ist eine besondere Genehmigung erforderlich, beispielsweise im Gaststättengewerbe, wo u.a. die persönliche Zuverlässigkeit des angehenden Wirtes nach dem Gaststättengesetz gesondert geprüft wird.

Je nach Sparte kann darüber hinaus eine zusätzliche Eintragung erforderlich sein, so etwa für bestimmte Baubetriebe die Eintragung in die **Handwerksrolle**.

Mit Beginn der gewerblichen Tätigkeit wird je nach Geschäftsgegenstand automatisch auch die Mitgliedschaft in der örtlichen **Industrie- und Handelskammer** bzw. der **Handwerkskammer** begründet. Es liegt insoweit „**Zwangsmitgliedschaft**“ vor, die jedoch für den Betrieb neben den Pflichtbeiträgen auch Vorteile birgt. So vertritt die Industrie- und Handelskammer die Interessen ihrer Mitglieder und erbringt vielfältige Dienstleistungen, wie etwa Rechtsberatungen oder Finanzierungsberatungen.

Daneben besteht die Möglichkeit, **freiwillig Mitglied in Innungen** (z.B. Handwerksinnung) oder Fachverbänden zu werden.

In der Regel wird das **Finanzamt** über die Aufnahme der Gewerbetätigkeit „automatisch“ durch das Gewerbeamt informiert. Daraufhin erteilt das Finanzamt dem Betrieb eine Steuernummer und übersendet einen Fragebogen, welcher die korrekte Besteuerung sichern soll (auf Grund dieser Angaben werden die Vorauszahlungen auf die Einkommens- bzw. Körperschaftsteuer sowie die Gewerbesteuer festgesetzt).

Wer Mitarbeiter beschäftigt, hat seinen Betrieb beim örtlichen **Arbeitsamt** anzumelden. Dieses teilt dem Betrieb eine Betriebsnummer zu und händigt ein „Schlüsselverzeichnis“ über die Art der versicherungspflichtigen Tätigkeiten aus, die für die Anmeldung zur Berufsgenossenschaft benötigt werden.

Des weiteren sind die versicherungspflichtigen Mitarbeiter bei den **Allgemeinen Ortskrankenkassen** (bzw. den Ersatzkassen) oder bei einer Innungskrankenkasse anzumelden.

Neben den genannten Eintragungspflichten sind weitere „Maßnahmen“ zu bedenken:

Es empfiehlt sich der Abschluss einer Betriebshaftpflicht**versicherung**, um die Schäden, die während der betrieblichen Tätigkeit anderen Personen zugefügt werden, abdecken zu können (auf ausreichende Deckung achten!). Daneben sind Versicherungen hinsichtlich Feuer-, Wasser-, Einbruchs-, Glasbruchschäden zu erwägen, außerdem erweist sich der Abschluss einer Betriebsunterbrechungsversicherung als sinnvoll.

8.2. Risiko und Krisenmanagement

8.2.1. Risikosignale

8.2.1.1. Risikosignale für den Unternehmer

Literaturhinweis:

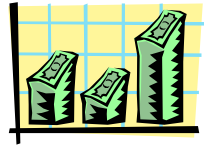
App, Insolvenzprognose für Unternehmer und Gläubiger, DSWR 2000, S. 269 ff:

„Eine Krise kann bereits den Finanzbereich des Unternehmens erreicht haben und aus den Zahlen der Buchführung erkennbar sein. Es ist aber auch auf Schwächeanzeichen in Produktion und Absatz zu achten; diese werden früher oder später auf den Finanzbereich durchschlagen, wenn ihre Ursachen nicht behoben werden. Wichtig sind auch Sachverhalte, die anzeigen, dass das Vertrauen von Geschäftspartnern und Kreditgebern in das Unternehmen und seine Repräsentanten nachlässt; dies pflegt, wenn es nicht wieder hergestellt wird, den Vertrauensverlust bei weiteren Geschäftspartnern nach sich zu ziehen.“

→ Risikosignale in der Finanzstruktur:

- Das Anlagevermögen ist nicht mehr durch Eigenkapital und/oder langfristiges Fremdkapital (mit einer Restlaufzeit von mehr als vier Jahren) gedeckt.

- Das Betriebsergebnis ist schon seit über einem Jahr nur noch infolge außerordentlicher oder betriebsfremder Erträge positiv.
- Die kurzfristigen (innerhalb von drei Monaten fällig werdenden) Verbindlichkeiten sind höher als das Umlaufvermögen (sogenanntes negatives Working Capital). Die Betriebsergebnisse sind zwar noch positiv, gehen jedoch ständig zurück.
- Weniger als 1/5 des Finanzbedarf wird erwirtschaftet.
- Die Umsatzsteigerung bleibt hinter der Kostensteigerung zurück.



→ Risikosignale im Absatz

- Das eigene Unternehmen bleibt hinter den Zahlen der Konkurrenz zurück.
- Bis dato treue Kunden wandern zu Konkurrenzunternehmen ab.
- Die Preise der wichtigsten Produkte sinken (bei gleichbleibenden oder sogar steigenden Produktionskosten).
- Wenn Abnehmer vorwiegend nicht Endverbraucher, sondern andere Unternehmen sind: Die Branchen, denen die Hauptkunden angehören, geraten ihrerseits in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Anzeichen:
 - In den betreffenden Branchen häufen sich Insolvenzverfahren.
 - Betriebsgebäude werden verkauft oder an Unternehmen aus anderen Industriezweigen vermietet oder verpachtet.
 - Negative Presseberichte
 - Kurzarbeit in der Branche mehrt sich
 - Sinkende Zahlungsmoral.
 - Bestellungen werden reduziert oder gar des Öfteren storniert.
 -



→ Sinkendes Vertrauen

- Lieferanten kündigen Lieferverträge.
- Lieferanten bestehen neuerdings auf Anzahlung, Vorkasse, Nachnahme oder Sicherheiten.
- Kreditgeber kürzen die Kredite oder verlangen höhere Sicherheiten.

→ Risikosignale in der Produktion

- Die Produktivität Unternehmens sinkt kontinuierlich.
- Veraltung der betrieblichen Infrastruktur.
- Die Anlagen oder das Personal sind nur noch teilweise ausgelastet.
- Zunahme von Mitarbeiterfehlzeiten.
- Abwanderung von wichtigen Mitarbeitern.

8.2.1.2. Risikosignale für den Gläubiger

Vgl. hierzu App, Insolvenzprognose für Unternehmer und Gläubiger, DSWR 2000, S. 269, 270:

Für Gläubiger ist es naturgemäß schwieriger, Einblick in die Finanzlage des Schuldners zu gewinnen. Mehrern sich jedoch folgende Anzeichen, so ist Vorsicht geboten:

- Persönlich haftende Gesellschafter verlassen die Gesellschaft.
- In einer Personengesellschaft übernimmt eine GmbH die Funktion des persönlich haftenden Gesellschafters (z.B. Umwandlung einer KG in eine GmbH & Co. KG)
- Die Geschäftsführer werden in kurzem Abstand ausgewechselt.
- Im Briefkopf des Unternehmens spielen sich auffällige Änderungen ab (Telefonnummer fehlt z.B. plötzlich, Zahl der aufgeführten Bankverbindungen vermindert sich/ wechselt ständig).
- Schecks „platzen“.
- Das Unternehmen reagiert nicht oder mit haltlosen „Ausflüchten“ auf Zahlungsaufforderungen.
- Andere Personen erkundigen sich nach der Bonität des betreffenden Unternehmens.
- Beim Gläubiger gehen Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse von anderen Personen gegen das Unternehmen ein.
- Konkurrenten liefern nur noch gegen Vorkasse, wenn überhaupt.
- Abnahme der Produktqualität.
- Betriebsteile werden stillgelegt / Leerstehen von Gebäuden
- Sonder- und Räumungsverkäufe häufen sich.
- Häufiger Lieferantenwechsel.
- Kurzarbeit.
- Massenentlassung / Kündigungen qualifizierten Personals
- Der Inhaber (oder Geschäftsführer) lässt sich am Telefon immer häufiger verleugnen und nimmt auch ein Rückrufangebot nicht wahr.
- Das Telefon ist meist unbesetzt.
- Versuche, Mitteilungen per Telefax zu übermitteln, sind mehrfach fehlgeschlagen.
- Verringerung / Stilllegung des Fuhrparks
- Das Unternehmen hat mehrfach dazu aufgefordert, Rechnungsbeträge auf Konten Dritter (insbesondere von Inkassobüros) zu überweisen.
- Alarmstufe rot ist angezeigt bei:
 - Abgabe der eidesstattlichen Versicherung („Offenbarungseid“),
 - Haftbefehl zur Erzwingung der selben,



- Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung von Betriebsgrundstücken,
- Insolvenzanträge von anderen Gläubigern,
- Betriebsstilllegung
- Polizeiliche Fahndung nach Geschäftsführern / Inhabern des Unternehmens.

8.2.2. Risikoerkennungsinstrumente



Als **Risikoerkennungsinstrumente** könnten beispielhaft die **Diskriminanzanalyse**, **betriebliche Statistik**, **operative Frühwarnsysteme** sowie **strategische Frühwarnsysteme** genannt werden. Dabei gründen die operativen Warnsysteme auf Informationen über Erfolg und Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft. Information liefert die Bilanzanalyse. Dabei ist beispielsweise der Cash-flow eine der verbreitesten Kennzahlen zur Vorhersage einer Krisensituation.

Operative Frühwarnsysteme sind **vergangenheitsbezogen**. Dagegen sind die **strategischen Frühwarnsysteme**, die der frühzeitigen Wahrnehmung auch schwacher Signale dienen, **zukunftsbezogen**.

Bei **strategischen Frühwarnsystemen** soll das Umfeld des Unternehmens beobachtet werden. Interessante Bereiche sind beispielsweise die Bedrohung durch neue Konkurrenten oder das Wettbewerbsverhalten der etablierten Unternehmen. Aber auch das Auftreten von Substitutionsprodukten auf dem Markt ist ebenso wichtig, wie die Veränderungen der Verhandlungsstärken und das Kaufverhalten der Abnehmer sowie der Lieferanten. Auch zu erwartende staatliche Eingriffe müssen rechtzeitig erkannt werden.

Optimalerweise sollten sich im Unternehmen beide Systeme ergänzen.

Gemäß § 91 Abs. 2 Aktiengesetz wird der **Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet**, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein **Überwachungssystem** einzurichten, um damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen frühzeitig zu erkennen. Diese Verpflichtung zur Einrichtung eines **Risikomanagementsystems** nach **KonTraG** soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur Aktiengesellschaften betreffen, sondern bei **entsprechender Größe, Komplexität und Struktur auch die Gesellschaften mit beschränkter Haftung** (Bundestagsdrucksache 13/9712 zu Nr. 7). Wirtschaftsprüfer haben

bei der Prüfung von börsennotierten Aktiengesellschaft die Funktionsfähigkeit des gesamten Risikofrüherkennungssystems zu beurteilen. Ist der Vorstand der Verpflichtung zur Aufstellung eines Risikofrüherkennungssystems nicht nachgekommen, so ist dies vom Abschlussprüfer im Prüfungsbericht gesondert zu vermerken.

Durch die systematische und kontinuierliche Erfassung von Risiken innerhalb eines Risikomanagementsystems soll nicht nur den Anforderungen des Gesetzes entsprochen werden, sondern vielmehr eine frühzeitige Bewältigung von Risiken zu einer langfristigen Steigerung des Unternehmenswertes führen. Dabei eröffnet eine frühzeitige Identifizierung von Gefahrenpotentialen die Möglichkeit, rechtzeitig Maßnahmen durchzuführen, durch die die Risikogefahren abgewehrt werden können. Dies ist vor allem bei Risiken, die sich bestandsgefährdend auswirken, von existenzieller Bedeutung für den Fortbestand eines Unternehmens.

8.2.3. Krisenmanagement

8.2.3.1. Sanierung ohne Insolvenzverfahren

8.2.3.1.1. Beseitigung/Vermeidung der Überschuldung

Als Möglichkeiten der Beseitigung der Überschuldung sind beispielsweise zu nennen die Kapitalerhöhung, die Aufnahme neuer Gesellschafter, Patronatserklärungen, Forderungs-(teil) verzichte (mit/ohne Besserungsschein), sowie Rangrücktrittserklärungen.

→ Zur Kapitalerhöhung



Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit lassen sich schnell und effektiv durch **Einbringung neuen Kapitals** von außen in die Gesellschaft überwinden. Ist Eile geboten, so empfiehlt sich ein **Barzuschuss**, der in der Kapitalrücklage gebucht wird.

Anschließend ist der Weg der (zeitaufwendigeren) Kapitalerhöhung zu beschreiten. Dies erfolgt oftmals im Wege des sogenannten „**Kapitalschnitts**“, der das Kapitalerhöhungsverfahren in zwei Abschnitte unterteilt:

Zunächst wird das **Stammkapital herabgesetzt** (vgl. § 58a GmbHG). Sinn und Zweck dieser Maßnahme ist es, die Bilanz einer krisengeschüttelten Gesellschaft zunächst der realen Vermögenslage anzupassen.

Auf dieser Basis erfolgt dann schließlich die **Erhöhung des Stammkapitals**, wobei darauf geachtet werden muss, dass das hierauf gezahlte Geld bis zur Eintragung ins Registergericht zur freien Verfügung steht.

Mehrere Faktoren sind in dem dargestellten Procedere zu beachten.

Erstens ist hervorzuheben, dass ein **Darlehen nicht ausreicht**, weil dieses in der Überschuldungsbilanz als Verbindlichkeit ausgewiesen wird. Somit würde also die bilanzielle Überschuldung nicht beseitigt. Außerdem kann der Gesellschafter ein Darlehen, welches er der Gesellschaft in der Krise gewährt hat, nach § 32a GmbHG im Insolvenzverfahren nicht mehr zurückfordern, weil es wie Eigenkapital bewertet wird („eigenkapitalersetzendes Darlehen“).

Zweitens ist eine Kapitalerhöhung durch **Sacheinlagen** (z.B. Einbringung von einem Privat-PKW als Firmenwagen) in der Krise **nicht Mittel der Wahl**. Zum einen hat das Registergericht den Wert der Einlage zu ermitteln, was Zeit in Anspruch nimmt. Zum anderen ist der Gesellschafter zum Nachschuss in Höhe der Differenz verpflichtet, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass der Wert der Sache geringer war, als die nominelle Erhöhung des Stammkapitals („Differenzhaftung“). Diese Nachschusspflicht besteht auch im Falle der Insolvenz der Gesellschaft, was dann besonders bitter ist.

Schließlich sei an dieser Stelle davor gewarnt, eine nicht mehr zu rettende Gesellschaft **künstlich durch Privatvermögenszuführung** am Leben zu erhalten. Nimmt der Gesellschafter aus falsch verstandenem Ehrgefühl etwa eine Grundschuld auf sein Privathaus auf, so kann dies Zwangsversteigerung und privater Ruin im Insolvenzverfahren bedeuten. Eine Konsequenz, die durch die ursprüngliche Wahl der Gesellschaftsform (etwa einer GmbH) eigentlich ausgeschlossen hätte werden sollen.

→ Aufnahme neuer Gesellschafter



Eine weitere Möglichkeit der Krisenbewältigung stellt die Aufnahme neuer Gesellschafter dar, die die Gesellschaft mit neuem Eigenkapital versorgen können. Problematisch in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, dass ein Dritter nur in eine krisengeschüttelte Gesellschaft eintritt, wenn er **künftig** die **Geschicke des Unternehmens beeinflussen** wird können. Die bisherigen Gesellschafter müssen also dem neuen Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnisse einräumen und u.U. eigene Autorität abgeben.

→ Rangrücktrittserklärung

Eine weitere Möglichkeit im Krisenfall ist die Rangrücktrittserklärung seitens eines Gläubigers. Hierbei **erklärt** dieser, seinen Anspruch **im Insolvenzfall nicht geltend** zu machen. Hierdurch muss diese Forderung im Überschuldungsstatus nicht mehr berücksichtigt werden. Diese Vorgehensweise erfordert natürlich ein gewisses Maß an Entgegenkommen seitens des Gläubigers und Verhandlungsgeschick.

Durch die Rangrücktrittserklärung kann eine akute Überschuldung beseitigt werden, wodurch Zeit gewonnen wird, um ein tragfähiges Sanierungskonzept auszuarbeiten. Hierbei ist allerdings herauszustellen, dass eine Rangrücktrittserklärung **keinen Forderungsverzicht** darstellt. Vielmehr bleibt die Forderung zusammen mit dem Anspruch auf Zinsen bestehen, der im Rang zurück getretene Gläubiger nimmt jedoch die Rechtsfolgen des „kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens“ auf sich. Das heißt, eine Befriedigung im Insolvenzfall ist ausgeschlossen und die Tilgung der Schuld kann nur aus Liquiditätsüberschüssen oder künftigen Gewinnen erfolgen.

→ Forderungs(teil)verzichte

Noch effektiver (und nach der Insolvenzordnung geboten) ist der „Forderungsverzicht mit Besserungsschein“. Erklären sich bestimmte Gläubiger bereit, auf **Forderungen ganz oder teilweise zu verzichten**, so ist das Unternehmen von diesen Verbindlichkeiten befreit. Der Verzicht muss unbedingt sein, außerdem fällt die bloße Stundung nicht unter den Verzichts begriff.

Zulässig ist jedoch die Verknüpfung des Forderungsverzichts mit einem „**Besserungsschein**“. Inhalt eines solchen Besserungsscheins ist in der Regel, dass

auf die erlassene Schuld Nachzahlungen zu leisten sind, wenn sich die Geschäftslage des Schuldners bessern sollte oder ein Liquidationserlös erzielt wird.

→ Patronatserklärung (vgl. Skriptum zum Sachenrecht, Folge 4)



Ein in praxi selten vorkommendes Instrument der Entschuldung ist die „harte Patronatserklärung“. Hier übernimmt ein Dritter (in der Regel ein verbundenes Unternehmen, etwa ein größerer Konzern gegenüber seinem Tochterunternehmen) die Garantie für die Verbindlichkeiten des in der Krise befindlichen Unternehmens. Selbstverständlich setzt dies eine entsprechende Bonität des Erklärenden voraus.

8.2.3.1.2. Beseitigung/Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit

Die soeben beschriebenen Maßnahmen führen zu einer akuten Verbesserung der Liquidität des Unternehmens. Es gibt darüber hinaus noch weitere kurzfristige Hilfen (mit allerdings bisweilen „unerwünschten **Nebenwirkungen**“). Hier sind zu erwähnen die Kreditaufnahme, die Verwertung von Anlagevermögen, Stundungsvereinbarungen und die Korrektur bereits abgeführter Umsatzsteuer.

→ Kreditaufnahme

Eine kurzfristige Beseitigung von Liquiditätsengpässen lässt sich durch die Neuaufnahme von Krediten erreichen. Hierdurch können etwa laufende Arbeiten und der Geschäftsbetrieb aufrecht erhalten werden. Ansprechpartner ist dabei in der Regel die Hausbank, welche am besten über die aktuellen Vermögensverhältnisse informiert ist. Üblicherweise verlangt diese jedoch die Vorlage von aktuellen Zahlen und eine plausible Fortführungsprognose.

Selbstverständlich können durch die Neuaufnahme von Krediten nur kurzfristige Engpässe überwunden werden. Der **Überschuldungsstatus vergrößert** sich durch die Kreditaufnahme als Kehrseite, so dass diese Maßnahme nur im Rahmen eines abgestimmten Vorgehens empfehlenswert ist.

→ Stundungsvereinbarungen



Durch den Abschluss von Stundungsabreden mit den Gläubigern kann kurzfristig die Handlungsfähigkeit im Augenblick der Krise wieder hergestellt werden. Natürlich wird hierdurch nicht der Status der Überschuldung beseitigt. Durch die **gewonnene Zeit** kann der Betrieb jedoch eine **überfällige Sanierung** in Angriff nehmen und durchstehen.

Dies setzt natürlich einen entsprechenden „good will“ auf Seiten der Gläubiger voraus. Hier zählt es sich aus, wenn vorher gute Leistung gebracht wurde und ein faires Miteinander bestimmend war.

→ Verwertung des Anlagevermögens

Ein **zweischneidiges** Schwert ist die Verwertung von Teilen des Immobilien- oder Anlagevermögens. Zwar fließen auf diese Weise rasch flüssige Mittel in die Gesellschaftskasse. Auf der anderen Seite bewahrheitet sich schnell die Binsenweisheit „**Geld ist flüchtig**“.

Außerdem kann die Produktivität des Betriebs unter der Versilberung leiden, etwa wenn notwendige Produktionsmittel verkauft werden.

→ Korrektur der bereits abgeführten Umsatzsteuer

Eine nicht ganz so bekannte Maßnahme ist die **Rückforderung** bereits **gezahlter Umsatzsteuer** vom Finanzamt. Dies ist insbesondere bei Werkunternehmern (z.B. Bauunternehmer) bei folgender Lage möglich: In aller Regel ist der Werkunternehmer bei nach Abnahme entstandener Umsatzsteuer zur sofortigen Umsatzsteuerabführung für eine Forderung verpflichtet. Hierbei kommt es **nicht** auf den Zeitpunkt der Rechnungslegung oder Zahlung der Forderung an, sondern auf den Zeitpunkt der Leistungserbringung (also den Zeitpunkt der Forderungsentstehung). Wird eine solche Forderung jedoch uneinbringlich, dann kann der Unternehmer die gezahlte Umsatzsteuer zurückzufordern.

8.2.3.2. Sanierung im Insolvenzverfahren

Literaturhinweis:

Huntemann / Dietrich, Eigenverwaltung und Sanierungsplan - der verkannte Sanierungsweg, ZInsO 2001, 13 ff.

Bevor auf die Sanierungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren durch Sanierungsplan eingegangen werden kann, muss zunächst ein kleiner Überblick über den **Ablauf des Insolvenzverfahrens** geschaffen werden.

Als erstes ist ein **Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens** zu stellen. **Antragsberechtigt** sind der Schuldner und Gläubiger (§ 13 InsO).

Anschließend **prüft das Insolvenzgericht** neben den **allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen** (Zuständigkeit, Insolvenzfähigkeit des Rechtsträgers und Partei-/ Prozessfähigkeit des Antragstellers, Rechtsschutzinteresse), ob zur Überzeugung des Gerichts ein **Insolvenzgrund** vorliegt (§ 16 InsO). Als Insolvenzgrund in Betracht kommen drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO), Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung bei juristischen Personen.

Neben der Prüfung des Antrags erlässt das Insolvenzgericht **Anordnungen zur Sicherung der Gläubigerinteressen** (§§ 21 ff. InsO). Insbesondere kann ein **allgemeines Verfügungsverbot** (§ 21 II Nr. 2 InsO) erlassen werden. Das allgemeine Verfügungsverbot ist nach Eingang des Antrags des Schuldners oder bei Zulässigkeit des Antrages des Insolvenzgläubigers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zulässig und gilt bis zur Entscheidung über den Antrag.



Liegen **keine Insolvenzhindernisse** vor (z.B. Abweisung mangels Masse, § 26 I 1 InsO), so ergeht der **Eröffnungsbeschluss**. Der Eröffnungsbeschluss ist ein gegen den Schuldner gerichteter Herausgabebetitel (§ 794 I Nr. 3 ZPO iVm. § 148 II InsO) mit dem Inhalt, alle zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenstände herauszugeben. Mit dem Eröffnungsbeschluss endet das Eröffnungsverfahren und **beginnt das „eigentliche“ Insolvenzverfahren**.

Der **Eröffnungsbeschluss enthält** die Bezeichnung des Insolvenzschuldners, den Zeitpunkt (Tag und Zeit) der Eröffnung (§ 27 II, III InsO), die Ernennung des Insolvenzverwalters (§§ 22, 27, 56 InsO), die Bestimmung des Berichtstermins (§§ 29, 156 InsO), die Aufforderung an Gläubiger, u.a. ihre Forderungen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt beim Verwalter anzumelden und mitzuteilen, welche Sicherungsrechte sie haben (§§ 28, 174 InsO), die Aufforderung an den Schuldner, u.a. nicht mehr an Insolvenzschuldner, sondern an den Verwalter zu leisten (§ 28 III InsO), die Bestimmung eines Prüfungstermins (§§ 29, 176, 177 InsO) sowie eventuell die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen sich wiederum mehrere Möglichkeiten.

Stellt sich nach Eröffnung heraus, dass entgegen den Erwartungen die **Verfahrenskosten doch nicht gedeckt** werden, ist **Einstellung mangels Masse** angezeigt.

Sind **zwar die Verfahrenskosten gedeckt**, ist aber **nicht ausreichend Masse** vorhanden, um die **Masseverbindlichkeiten zu decken**, so ist die **Masseunzulänglichkeit** anzuzeigen und aufgrund dieser das Verfahren einzustellen.

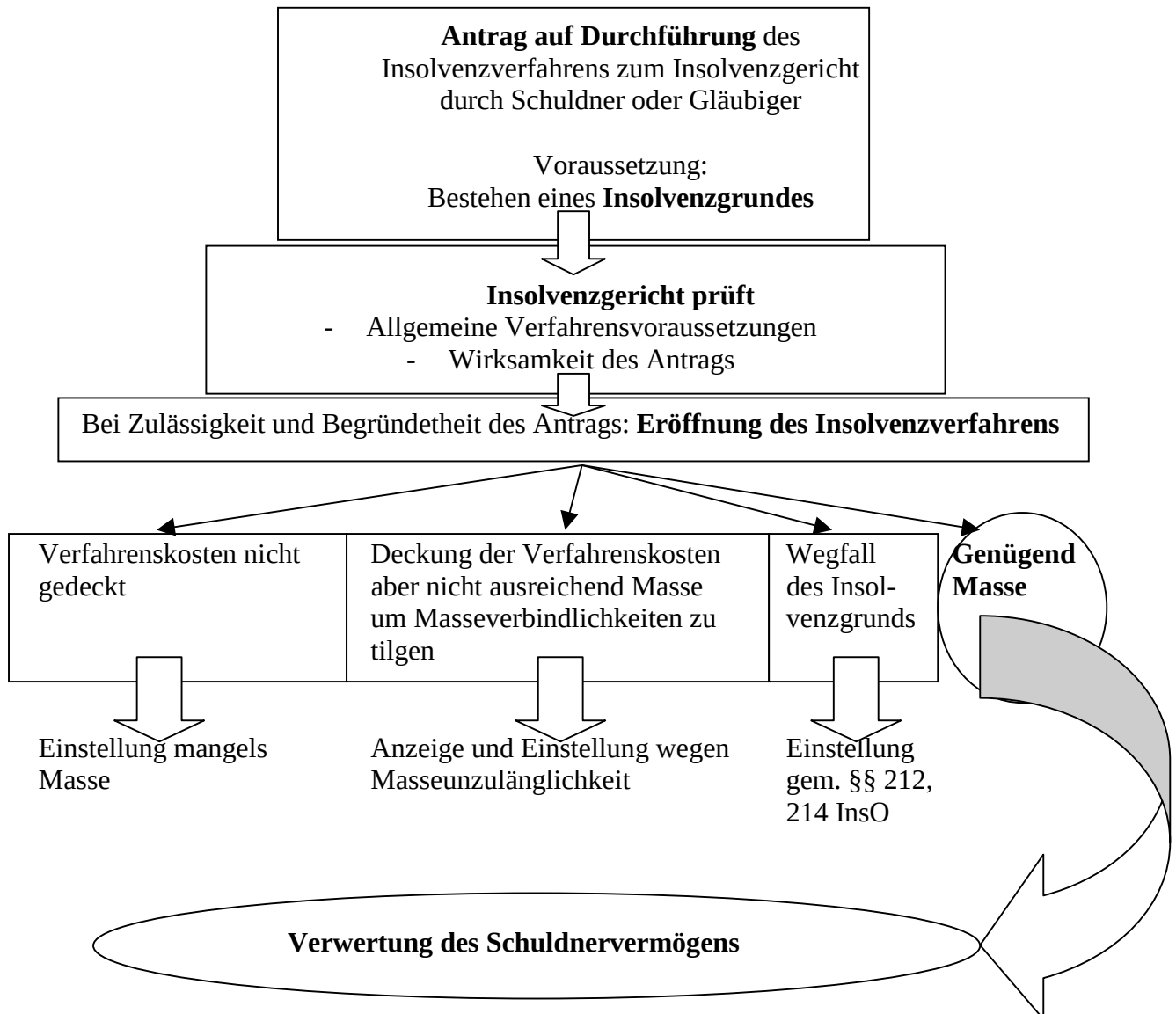
Fällt der Insolvenzgrund weg, so ist gem. §§ 212, 214 InsO einzustellen.

Ist **genügend Masse** vorhanden, so ist das verbliebene Schuldnervermögen zu **verwerten**. Hierzu ist zunächst die **Insolvenzmasse zu erfassen**. Zunächst nimmt der Verwalter das Vermögen in Besitz und fertigt ein Verzeichnis an. Nach Bereinigung der Masse durch den Verwalter, insbesondere durch Freigabe und Vorwegbefriedigung der Massegläubiger (§§ 47, 53 InsO), wickelt der Verwalter laufende Geschäfte ab (§ 103 InsO), führt eventuell anstehende Insolvenzanfechtungen durch (§§ 129 ff. InsO) und erstellt einen Bericht für den Berichtstermin. Beim Berichtstermin stellt der Verwalter den Gläubigern die Insolvenzursachen dar, erörtert Sanierungsmöglichkeiten und stellt die Option des Insolvenzplans dar (s.u.). Anschließend ist ein Beschluss der Gläubigerversammlung über das weitere Schicksal des Unternehmens anzustrengen. Hierbei kann von Stilllegung bis zur Sanierung alles entschieden werden.

Unmittelbar nach dem Berichtstermin beginnt der Verwalter nötigenfalls mit der Verwertung der Massegegenstände.

Nach der **Feststellung der Schuldenmasse durch den Verwalter** (§§ 174, 175 InsO) erfolgt die **Verteilung der Masse unter den Insolvenzgläubiger** (§ 197 InsO), nach deren **Vollzug das Insolvenzverfahren beendet** wird.

Übersicht: Ablauf des Regelinsolvenzverfahrens



Statt dem erörterten Regelinsolvenzverfahren, hat der Unternehmer **alternativ** die Möglichkeit, einen **Insolvenzplan** (§§217 – 269 InsO) zu erstellen bzw. mit Hilfe von Beratern erstellen zu lassen.

Zunächst **allgemeine Bemerkungen zum Insolvenzplan**. Der Insolvenzplan wird als Kernstück der Insolvenzrechtsreform bezeichnet. Er tritt an die Stelle des Zwangsvergleichs

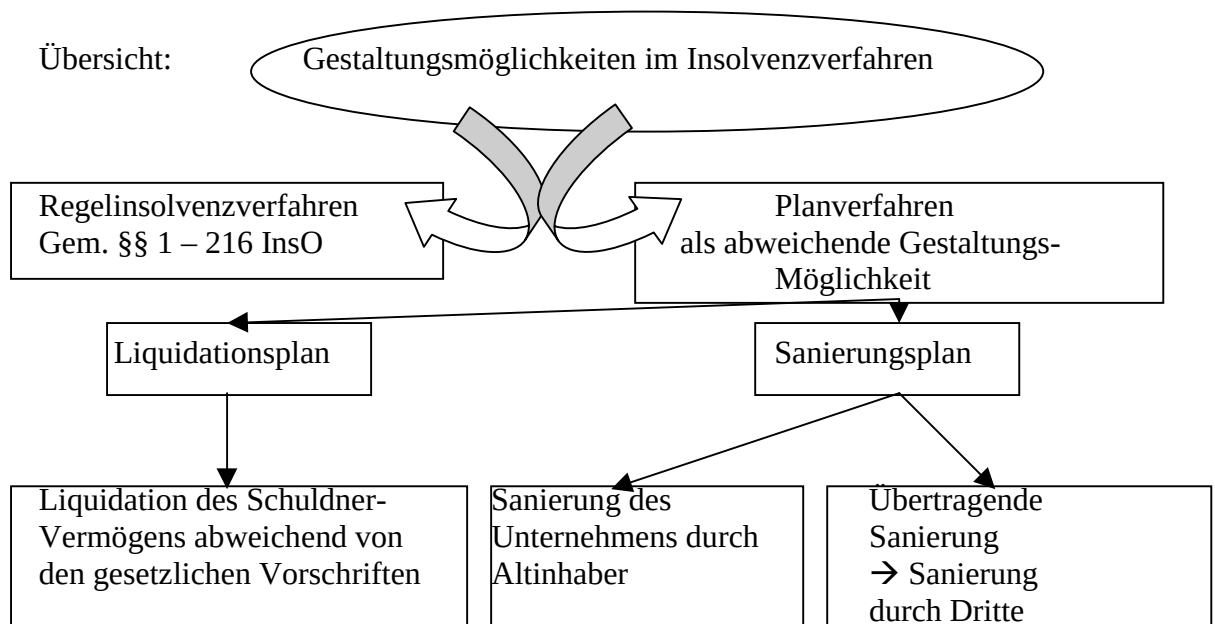
nach der alten Konkursordnung und des Vergleichs nach der ebenfalls außer Kraft getretenen Vergleichsordnung.

Sinn und Zweck des Insolvenzplans ist es, den **Beteiligten selbst** zu ermöglichen, **abweichend von den gesetzlichen Vorschriften** der Verwertung oder Verteilung der Masse eine einvernehmliche Lösung zur Bewältigung der Krise zu finden (vgl. § 217 InsO). Beteiligte in diesem Verfahren sind die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger und der Schuldner.

Die **Ausgestaltung** des Insolvenzplans kann auf mehrerlei Weise erfolgen:

Der Insolvenzplan kann zum einen als **Liquidationsplan** auf die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten gerichtet sein.

Der Insolvenzplan kann aber auch **als Sanierungsplan** ausgestaltet sein. Hierbei kann die Sanierung dadurch erfolgen, dass eine **Übertragung** des Unternehmens auf einen Dritten vorgesehen ist. Insbesondere aber besteht auch die Möglichkeit, die Firma **unter alter Führung** zu sanieren.



Für das Anfertigen eines Sanierungsplanes ist jedoch **ausreichende Zeit erforderlich**.

Es besteht diesbezüglich die Möglichkeit, einen sogenannten **prepackaged plan** anzufertigen. Einen ausgefeilten, in Ruhe erstellten Insolvenzplan vorzuschlagen, stellt gegenüber einem

Insolvenzplan, den gegebenenfalls der Insolvenzverwalter unter Zeitdruck erstellen soll, einen erheblichen Vorteil für das insolvente Unternehmen dar.

Als sinnvoll erweist sich, die geplanten Maßnahmen mit den Gläubigern bereits **im Vorfeld** abzuklären. Hierdurch wird die **spätere Annahme** und **Bestätigung** des Plans durch die Insolvenzgläubiger bzw. das Insolvenzgericht (als notwendiges Wirksamkeitserfordernis des Insolvenzplans, vgl. § 235 ff. InsO) im Insolvenzverfahren sichergestellt.



Nach der Annahme durch die Gläubiger und rechtskräftige Bestätigung durch das Insolvenzgericht **treten** die im **gestaltenden Teil** des **Insolvenzplans festgelegten Wirkungen** für und gegen alle Beteiligten ein, auch für diejenigen Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben (vgl. § 254 InsO). Dem Schuldner ist Restschuldbefreiung erteilt.

Gemäß § 257 I InsO stellt der Insolvenzplan in Verbindung mit der Eintragung in die Tabelle einen **Vollstreckungstitel** für die Insolvenzgläubiger dar, deren Forderungen festgestellt und nicht vom Schuldner im Prüfungstermin bestritten worden sind.

Sobald der Insolvenzverwalter die unstreitigen Masseansprüche berichtigt hat, wird das **Insolvenzverfahren aufgehoben** (§§ 258 I, 259 InsO).



8.3. Kontrollfragen

Frage 1:

Welche Entscheidungsfaktoren müssen bei der Existenzgründung bei der Wahl der Rechtsform beachtet werden?

Frage 2:

Bei welchen Stellen können bei Gründung eines Unternehmens Eintragungspflichten bestehen?

Frage 3:

Nennen Sie Risikosignale, die Unternehmern eine Schieflage ihres (eigenen) Unternehmens anzeigen können!

Frage 4:

Nennen Sie Risikosignale, die Gläubigern eine Schieflage des (fremden) Unternehmens anzeigen können!

Frage 5:

Welche Risikoerkennungsinstrumente kennen Sie?

Frage 6:

Nennen Sie Maßnahmen zur Beseitigung / Vermeidung von Überschuldung außerhalb eines Insolvenzplans

Frage 7:

Welche Möglichkeit der Sanierung besteht im Insolvenzverfahren alternativ zum Regelverfahren der §§ 1 – 216 InsO?



8.4. Antworten

Antwort 1:

- Gemeinschaftlicher Betrieb oder Einzelunternehmerschaft?
- Organisation als Personengesellschaft oder Körperschaft?
- Haftung auch mit Privatvermögen oder beschränkt auf Betriebsvermögen?
- Vermögensordnung: Gesamthandsvermögen (→ hoher Vertrauensfaktor in personelle Zusammensetzung bei Personengesellschaften) oder leichte Übertragbarkeit des Vermögens-/ Gesellschaftsanteils (Körperschaft!)?
- Gründungskosten
- Ansehen

Antwort 2:

Anmeldepflichten können je nach Organisationsform/Gesellschaftszweck/...bestehen bei:

- Handelsregister
- Gewerbeamt
- Handwerksrolle
- U.u. bei Finanzamt, Arbeitsamt, Krankenkasse, Haftpflichtversicherungen

Antwort 3:

Vgl. Katalog unter 8.2.1.1.

Antwort 4:

Vgl. Katalog unter 8.2.1.2.

Antwort 5:

Diskriminanzanalysen, betriebliche Statistik, operative Frühwarnsysteme (vergangenheitsbezogen!), strategische Frühwarnsysteme (umfeldbezogen!)

Antwort 6:

Kapitalerhöhung, Aufnahme neuer Gesellschafter, Rangrücktrittserklärung, Forderungsverzicht / Forderungsteilverzicht, Patronatserklärung.

Antwort 7:

Alternativ zum Regelverfahren der Insolvenzordnung besteht die Möglichkeit der Erstellung eines Insolvenzplans. Dieser kann im Insolvenzverfahren, günstigerenfalls jedoch bereits vorher als „prepackaged plan“ erstellt werden.

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 9: Titel: Arbeitsrecht

Referent : Dr. Künzl

Sendetermin: 23.05.2001

Skriptum:

- Gliederung -

9. Arbeitsrecht

A Grundlagen

- § 1 *Begriff des Arbeitsrechts*
- § 2 *Teilbereiche des Arbeitsrechts*
- § 3 *Rechtsquellen des Arbeitsrechts*
 - I. *Europäisches Recht*
 - II. *Nationales Recht*
 - 1. *Verfassungsrechtliche und gesetzliche Regelungen*
 - 2. *Tarifverträge*
 - 3. *Betriebsvereinbarungen*
 - III. *Rangfolge der nationalen Rechtsgrundlagen*

B Begriffe des Arbeitsrechts

- § 1 *Arbeitnehmer*
- § 2 *Arbeitnehmerähnliche Personen*
- § 3 *Arbeitgeber*
- § 4 *Betrieb und Unternehmen*

C Begründung des Arbeitsverhältnisses

- § 1 *Das Einstellungsverfahren*
 - 1. *Offenbarungspflichten*
 - 2. *Vorstellungsgespräch und Fragerecht*
- § 2 *Abschluss des Arbeitsvertrags*

D Inhalt des Arbeitsverhältnisses

- § 1 *Inhalt der Arbeitspflicht*
 - I. *Art der Tätigkeit*
 - II. *Arbeitszeit*
 - III. *Ort der Arbeitsleistung*
 - IV. *Direktionsrecht*
- § 2 *Vertragliche Nebenpflichten (Treuepflicht)*
- § 3 *Pflicht zur Lohnzahlung*
 - I. *Begriff der Vergütung*
 - II. *Höhe des Entgelts*
 - III. *Sonderleistungen*
 - IV. *Gleichbehandlung beim Entgelt*

E Entgelt ohne Arbeitsleistung

- § 1 Übersicht
- § 2 Persönliche Verhinderung und Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit
 - I. Persönliche Verhinderung
 - II. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle
 - 1. Unverschuldete krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit
 - 2. Anzeige- und Nachweispflichten
- § 3 Betriebs- und Wirtschaftsrisiko; Arbeitskampfrisiko
- § 4 Annahmeverzug des Arbeitgebers
- § 5 Urlaubsrecht
 - I. Entstehen und Dauer des Urlaubsanspruchs
 - II. Urlaubsdauer
 - III. Urlaubserteilung
 - IV. Übertragung und Verfall des Urlaubsanspruchs
 - V. Urlaubsvergütung
 - VI. Urlaubsabgeltung
- § 6 Sonstige Arbeitsbefreiung

F Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

- § 1 Inhalt der Fürsorgepflicht
- § 2 Schutz der Person und der Persönlichkeit

G Leistungsstörung im Arbeitsverhältnis

- § 1 Nichtleistung
- § 2 Schlechtleistung

H Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- § 1 Kündigung
 - I. Kündigungserklärung
 - II. Zugang der Kündigungserklärung
 - III. Bevollmächtigung des Erklärenden
 - IV. Rücknahme der Kündigung
- § 2 Arten der Kündigung
 - I. Ordentliche Kündigung
 - 1. Allgemeines
 - 2. Darlegung- und Beweislast
 - 3. Umdeutung
 - II. Außerordentliche Kündigung
- § 3 Kündigungsschutz
 - I. Anwendbarkeit des KSchG
 - II. Soziale Rechtfertigung
 - 1. Dringende betriebliche Gründe
 - 2. Personenbedingte Gründe
 - 3. Verhaltensbedingte Kündigung
 - 4. Betriebsratsanhörung
 - III. Kündigungsschutzklage
- § 5 Besonderer Kündigungsschutz
- § 6 Befristung
 - I. Arten der Befristung
 - II. Regelung der Befristung
- § 7 Weiterbeschäftigung

I Fragen zum Skriptum

J Antworten zum Skriptum

A. Grundlagen

§ 1 Begriff des Arbeitsrechts

Arbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen unselbstständig erwerbstätiger Personen (Arbeitnehmer) zum Arbeitgeber.

Arbeitsrecht ist die Summe aller Rechtsnormen, die sich auf die in abhängiger Tätigkeit geleistete Arbeit beziehen.

Seinen Ursprung hat es im Arbeitnehmerschutzrecht. Es schützt den einzelnen Arbeitnehmer, der darauf angewiesen ist, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, um sich und seiner Familie den Lebensunterhalt zu verdienen. Inzwischen stellt es sich aber über den ursprünglichen Grundgedanken hinaus, als umfassende Regelung des gesamten Rechtsgebietes dar. Kernstück des Arbeitsrechts ist das Arbeitsvertragsrecht.

§ 2 Teilbereiche des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht ist **nicht in einem Gesetz geschlossen kodifiziert**. Ursprünglich war es im BGB verankert (Dienstvertragsrecht), das auch heute noch die Grundvorschriften des Arbeitsvertragsrechts enthält (z.B. Gleichbehandlung, §§ 611a, 611b, 612 Abs. 3 BGB; Kündigung, §§ 622, 626 BGB; Arbeitnehmerschutz, §§ 618, 619 BGB; Zeugnis, § 630 BGB). Nach und nach wurden aber immer mehr Teile ausgegliedert und in eigenständige Gesetze gefasst (z.B. BUrlG; KSchG; MuSchG; SchwbG; BErzGG; BetrVG u.a.m.), dass heute eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsgrundlagen zu beachten ist.

Das Arbeitsrecht untergliedert sich in zwei Teilbereiche, nämlich das **Individualarbeitsrecht** und das **kollektive Arbeitsrecht**. Zu Ersterem rechnet insbesondere das Arbeitsvertragsrecht, während letzteres die kollektiven Rechtsbeziehungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden oder Arbeitgeber oder zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber regelt.

§ 3 Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Die unterschiedlichen Rechtsquellen des Arbeitsrechts stehen zueinander in einer bestimmten Rangfolge stehen:



I. Europäisches Recht

Der **EG-Vertrag** enthält verschiedene, auch für das Arbeitsrecht verbindliche Normen, etwa zur Freizügigkeit der EG-angehörigen Bürger innerhalb der EG-Mitgliedsstaaten, zur Inländer-Gleichbehandlung, zur Abstimmung und Zusammenarbeit in sozialversicherungsrechtlichen Fragen sowie zur Harmonisierung arbeitsschutzrechtlicher Fragen und zur Lohngleichheit für Männer und Frauen bei gleicher oder vergleichbarer Tätigkeit (dazu vgl. Art. 141 EG-Vertrag). Den **Richtlinien der EG** kommt keine unmittelbare Rechtswirkung zu. **EG-Verordnungen** enthalten dagegen echtes auch innerstaatlich verbindliches Recht.

II. Nationales Recht

1. Verfassungsrechtliche und gesetzliche Regelungen

Im nationalen Recht finden sich in der Verfassung (GG) verschiedene, arbeitsrechtlich bedeutsame Regelungen, wie Art. 3 GG (Gleichheit, Gleichberechtigung; Art. 12 GG, Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung; Art. 9 Abs. 3 GG, Koalitionsfreiheit, u.a.).

Die unterschiedlichen Gesetze sind bereits oben (§ 2) angesprochen.

Rechtsverordnungen gibt es im Bereich des Arbeitsrechts nur wenige. Zuvorderst ist die ArbeitsstättenVO anzusprechen.

2. Tarifverträge

Ein Tarifvertrag wird im Wege der Verbandsautonomie zwischen Gewerkschaft einerseits und Arbeitgeber (§ 3 Abs.1 TVG) oder Arbeitgeberverband andererseits (§ 2 Abs. 1 TVG) abgeschlossen. Er dient dem Schutz der Arbeitnehmer (**Schutzfunktion**), der Ordnung der Arbeitsbedingungen im Arbeitsverhältnis (**Ordnungsfunktion**), der Sicherung der gerechten Entlohnung der Arbeitnehmer für die jeweilige Arbeitsleistung und damit deren angemessene Beteiligung am Sozialprodukt (**Verteilungsfunktion**) und der Sicherung des sozialen Friedens während der Laufzeit der Tarifverträge durch Verbot von Arbeitskämpfen um tariflich geregelte Gegenstände (**Friedensfunktion**; vgl. *Schaub* § 198 I 2).

Der Tarifvertrag enthält Regelungen von unterschiedlicher rechtlicher Qualität, nämlich :

- **Individualnormen**
 - **Inhaltsnormen** (z.B. Regelung der Entgelthöhe und –zahlung, oder des Urlaubes).
 - **Abschlussnormen** (z.B. Schriftform des Arbeitsvertrages).
 - **Beendigungsnormen** (z.B. Regelung der Kündigungsfristen).
- **betriebs- oder betriebsverfassungsrechtliche Normen** (z.B. Torkontrollen)

Ein Tarifvertrag findet im Falle seiner **räumlichen** (Gebiet für das er abgeschlossen wurde, z.B. Bayern), **fachlichen** (Branche) und **personellen** (Arbeiter, Angestellte, Auszubildende) Voraussetzungen auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, wenn

- beide Vertragsparteien Mitglied der tarifschließenden Vereinigungen (tarifgebunden) sind (§ 3 Abs. 1 TVG) oder
- der Tarifvertrag für **allgemeinverbindlich erklärt** (§ 5 TVG) wurde oder
- im Arbeitsvertrag **in Bezug genommen** ist. In diesem Fall wirkt der Tarifvertrag **nicht normativ** (wie ein Gesetz), sondern nur als **Inhalt des Arbeitsvertrages**.

3. Betriebsvereinbarungen

Im Gegensatz zum Tarifvertrag gelten Betriebsvereinbarungen nur zwischen Arbeitnehmern und den Arbeitgeber **eines bestimmten Betriebes** (§ 77 Abs. 4 BetrVG). Sie werden zwischen dem Betriebsrat eines Betriebes und dem Arbeitgeber abgeschlos-

sen.

Deren Abschluss muss **schriftlich** (§§ 77 Abs. 2 BetrVG; 125 S. 1 BGB) erfolgen und die Vereinbarung ist vom Betriebsratsvorsitzenden und dem Arbeitgeber zu unterzeichnen. Sie ist durch **Aushang im Betrieb** bekanntzugeben (§ 77 Abs. 2 Satz 3 BetrVG). Bei einem Verstoß gegen das Schriftformgebot liegt nur eine formlose **Regelungsabrede**, die das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats wahrt, aber keine normative Wirkung entfaltet.

Betriebsvereinbarungen wirken **unmittelbar und zwingend** (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG) zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern des betreffenden Betriebes.

III. Rangfolge der nationalen Rechtsgrundlagen

Die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen stehen zueinander in einem bestimmten Verhältnis, das anhand der vorstehenden Normenpyramide verdeutlicht werden kann:

Zunächst gilt im Verhältnis der einzelnen Stufen zueinander das **Rangprinzip**,

Das ranghöhere (zwingende) Recht geht dem rangniedrigeren Recht vor.

gegenläufig dazu das **Günstigkeitsprinzip**.

Die Regelung einer niedrigeren Rangstufe geht der höherrangigen vor, wenn sie dem Arbeitnehmer günstiger ist.

Für verschiedene Rechtsquellen einer Rangstufe gelten das **Spezialitäts-**

Bei auf einer Rangstufe stehenden Rechtsnormen geht die speziellere der allgemeineren Regelung vor.

und das **Ordnungsprinzip**.

Eine später geschaffene Rechtsnorm löst die früher bestandene ab.

B. Begriffe des Arbeitsrechts

Hier gilt es, die Personen des Arbeitsrechts, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sowie die Begriffe des Betriebes und des Unternehmens näher zu bestimmen.

§ 1 Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines **privatrechtlichen Vertrages**, für einen Dritten (**fremdbestimmt**), in persönlicher Abhängigkeit (**weisungsunterworfen**) **Dienste leistet**.

Hauptkriterium für die **Unterscheidung von Selbständigen** ist aber das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit (Weisungsunterworfenheit). Danach kann der Dienstberechtigte (Arbeitgeber), im Rahmen der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen **Art, Ort und Zeit** der Arbeitsleistung näher konkretisieren.

Merke:

Je weiter der Auftraggeber dem Dienstleistenden Aufgaben übertragen kann, die dieser auszuführen hat, desto mehr spricht für die Annahme einer Arbeitnehmerstellung (BAG NZA 1992, 1125).

Die Unterscheidung zwischen Arbeitern, die **überwiegend körperlich tätig** werden (z.B. Mauerer, Kraftfahrer, Bote), und Angestellten, die **überwiegend geistige Tätigkeiten** verrichten (z.B. Buchhalter, Verkäuferin), ist weitgehend überholt. Bedeutsam ist allein noch die Unterscheidung zwischen **einfachen** und **leitenden** Angestellten. Letztere stehen, obschon sie selbst Arbeitnehmer sind, näher im Lager des Arbeitgebers. Zwischen ihnen und den übrigen Arbeitnehmern besteht eine gewisse Interessenpolarität, da sie teilweise unternehmerische Aufgaben wahrnehmen. Begrifflich sind leitende Angestellte in § 5 Abs. 3 BetrVG vor allem danach definiert, dass sie zur selbstständigen Einstellung und Entlassung befugt sind oder Generalvollmacht oder Prokura besitzen (§ 5 Abs. 3 Nrn. 1, 2 BetrVG).

Für die in Berufsausbildung (**Berufsausbildung**, erstmaliger Erwerb eines anerkannten Lehrberufes; **berufliche Fortbildung**, weitere Qualifikation in einem bereits erlernten Beruf; **berufliche Umschulung**, Erwerb eines weiteren anerkannten Berufes) beschäftigten Personen gelten die normalen arbeitsrechtlichen Regeln, soweit das BBiG keine abweichenden Vorschriften enthält (z.B. § 5 BBiG).

§ 2 Arbeitnehmerähnliche Personen

Selbständige, die also in keinem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber stehen, sind im Einzelfall als **arbeitnehmerähnlich** zu betrachten, sofern sich aus ihrer Stellung eine einem Arbeitnehmer vergleichbare Schutzbedürftigkeit ergibt. Ein solches **wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis** besteht, wenn sie bei Verwertung ihrer Arbeitskraft (im wesentlichen) auf einen Auftraggeber angewiesen sind (vgl. § 12a TVG).

§ 3 Arbeitgeber

Arbeitgeber ist, wer **mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt**. Über die konkrete Person des Arbeitgebers bestehen in praxi bei Gesellschaften die häufigsten Zweifelsfragen:

§ 4 Betrieb und Unternehmen

Unter einem Betrieb versteht man

- eine **organisatorische Einheit**,
- **innerhalb derer der Inhaber allein oder mit anderen**
- **und/oder mit sachlichen und/oder immateriellen Mitteln**
- **fortgesetzt**
- **einen arbeitstechnischen Zweck verfolgt**,
- **der sich nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpft.**

Der Unternehmensbegriff deckt sich mit dem Betriebsbegriff, allerdings verfolgt es keinen arbeitstechnischen, sondern einen darüber hinausgehenden **wirtschaftlichen Zweck**.

Ein Unternehmen kann mehrere Betriebe haben; grundsätzlich ist es aber nicht möglich, dass mehrere Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb besitzen. Eine Ausnahme wird nur anerkannt, wenn die verschiedenen Unternehmen in einem Betrieb einen oder mehrere gemeinsame(-n) arbeitstechnische(-n) Zweck(-e) verfolgen und eine **einheitliche Leitung** durch ausdrückliche oder konkludente Abrede in personeller, wirtschaftlicher und sozialer Beziehung besteht.

C. Begründung des Arbeitsverhältnisses

§ 1 Das Einstellungsverfahren

Die Stellenausschreibung hat stets geschlechtsneutral zu erfolgen (§ 611b BGB). Ansonsten besteht für einen angelehnten Bewerber eines anderen Geschlechts zunächst die – durch den Arbeitgeber zu widerlegende – Vermutung, die Ablehnung beruhe auf geschlechtsspezifischen Gründen. Im Falle einer geschlechtsspezifischen und damit diskriminierenden Ablehnung der Bewerbung besteht kein Einstellungsanspruch, sondern nur ein **Schadenersatzanspruch** (§ 611a Abs. 2 BGB).

Auf ein Bewerbungsschreiben des Stellenbewerbers kommt ein Vertragsanbahnungsverhältnis zu Stande, das beiderseitige Pflichten, insbesondere Offenbarungs-, Schutz- und Kostenerstattungspflichten erzeugt.

1. Offenbarungspflichten

Ein **Stellenbewerber** muss alle für das künftige Arbeitsverhältnis wesentlichen und nicht ohne weiteres erkennbaren Umstände von sich aus mitteilen, die ihn für die in Aussicht genommene Tätigkeit ungeeignet erscheinen lassen. Dies gilt auch für den Arbeitgeber, wenn dem Stellenbewerber wesentliche Umstände nicht offen zutage treten.

Die Verletzung der Offenbarungspflicht kann eine Haftung aus **culpa in contrahendo** (Verschulden bei Vertragsschluss) oder die Anfechtung (§§ 119, 123 BGB) bei zustande gekommenem Vertragsschluss begründen.

2. Vorstellungsgespräch und Fragerecht

Ein Stellenbewerber muss **auf Fragen** über wesentliche Umstände wahrheitsgemäße Antwort geben. **Zulässig** sind Fragen nach Umständen, die das Arbeitsverhältnis berühren und für die Beschäftigung von Bedeutung sind. Die **Grenze des Fragerechts** ist dort zu ziehen, wo **verfassungsrechtlich geschützte Positionen** (Gewerkschaftszugehörigkeit; Religion; Parteimitgliedschaft) betroffen sind oder, wo die Fragen den **Intimbereich** des Stellenbewerbers (Persönlichkeitsrecht) berühren.

In den Fällen der Vorlage eines Personalfragebogens hat der Betriebsrat ein **Mitbestimmungsrecht** nach § 94 Abs. 1 BetrVG.

Nach § 670 BGB analog kann ein Stellenbewerber den Ersatz der **notwendigen** Vorstellungskosten verlangen. Voraussetzung für eine Kostenerstattung ist, dass der Bewerber zum Vorstellungsgespräch **eingeladen** worden war. Zu erstatten sind die **notwendigen**

gen Vorstellungskosten.

§ 2 Abschluss des Arbeitsvertrags

Die Vertragsparteien können frei darüber entscheiden, ob sie miteinander ein Arbeitsverhältnis eingehen wollen (**Abschlussfreiheit**; Art. 12, 2 Abs. 1 GG; § 305 BGB) und, welchen Inhalt dieses - im Rahmen zwingender gesetzlicher oder tariflicher Vorgaben - haben soll (**Gestaltungsfreiheit**). Der Vertragsschluss für einen **minderjährigen** Arbeitnehmer kann durch die vertretungsberechtigten Personen für den Vertretenen erfolgen. Ferner können die gesetzlichen Vertreter den Minderjährigen bevollmächtigen einen Arbeitsvertrag anzuschließen. Ermächtigen (§ 113 BGB) sie den Minderjährigen, so kann er dann alle im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Rechtshandlungen selbst vornehmen (z.B. auch kündigen oder der Gewerkschaft beitreten). Ein vom Minderjährigen ohne Bevollmächtigung geschlossener Arbeitsvertrag, ist **schwebend unwirksam** (§ 107 BGB). Seine Wirksamkeit hängt dann von der nachträglichen Genehmigung der gesetzlichen Vertreter ab.

Existiert in Betrieb mit mehr als 20 Arbeitnehmern über 18 Jahren (§ 7 BetrVG) ein Betriebsrat, muss er der Einstellung **vorher** zustimmen (§ 99 Abs. 1 BetrVG), andernfalls ist der abgeschlossene Vertrag zwar wirksam, doch darf der Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden.

D. Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Der Arbeitsvertrag ist ein **gegenseitiger Vertrag** (§ 611 BGB), gerichtet auf ein Dauerschuldverhältnis. Beiden Parteien obliegen **Haupt- und Nebenleistungspflichten**:

Der **Arbeitnehmer** schuldet die Erbringung der vereinbarten Arbeitsleistung (Hauptleistungspflicht) und hat daneben bestimmte, unter dem Begriff der Treuepflicht zusammengefasste Nebenpflichten gegenüber dem Arbeitgeber. Der **Arbeitgeber** ist zur Zahlung der entsprechenden Vergütung gehalten (Hauptleistungspflicht; § 611 BGB) und hat weitergehende Schutz- und Fürsorgepflichten, begründet aus dem personalen Bezug des Arbeitsverhältnisses, gegenüber dem Arbeitnehmer zu beachten.

§ 1 Inhalt der Arbeitspflicht

Der konkrete Inhalt der Arbeitspflicht kann sich ergeben aus:

- tariflichen Normen,

- Betriebsvereinbarungen oder
- vertraglichen Abreden, ggf. konkretisiert durch das Weisungsrecht.

Sie ist vom Arbeitnehmer **höchstpersönlich** gegenüber dem Arbeitgeber zu erbringen (§ 613 Satz 1 BGB).

I. Art der Tätigkeit

Grundsätzlich schuldet ein Arbeitnehmer nur die Verrichtung der im Vertrag vereinbarten Arbeitsaufgaben. Ist die Tätigkeit nur allgemein umschrieben (z.B. kaufmännische/-r Angestellte(-r)), so kann der Arbeitgeber kraft seines Weisungsrechtes die konkret geschuldete Tätigkeit näher bestimmen. Allerdings darf er nur Aufgaben zuweisen, die nach allgemeiner Anschauung vom jeweiligen Berufsbild umfasst sind.

II. Arbeitszeit

Welche Arbeitszeit ein Arbeitnehmer einzuhalten hat, bestimmt sich in erster Linie nach dem geschlossenen Vertrag. Dies gilt sowohl hinsichtlich der **Dauer** der wöchentlichen Arbeitszeit, als auch für die **Lage der Arbeitszeit** an den einzelnen Arbeitstagen. Ist vertraglich nichts bestimmt, schuldet der Einzelne die Arbeitsleistung während der betriebsüblichen Arbeitszeit.

Im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen kann der Arbeitgeber die Arbeitszeit kraft seines **Weisungsrechtes** vorübergehend oder auf (längere) Dauer konkretisieren. Er darf aber den Arbeitsvertrag nicht ändern. Das bedeutet:

- Der Arbeitgeber kann einseitig keine **Kurzarbeit** anordnen, sofern dies nicht vertraglich vereinbart oder in einem anwendbaren Tarifvertrag vorgesehen ist.
- Ein Arbeitnehmer muss nur dann **Überstunden** leisten, sofern solche im Arbeitsvertrag vereinbart wurden oder Überstunden angesichts der Art der zu leistenden Tätigkeit (z.B. Kraftfahrer; Krankenpflegepersonal) immer wieder zu erwarten sind.
- Ferner kann der Arbeitgeber die **Lage der Arbeitszeit** nur dann einseitig ändern, wenn die konkrete Lage (z.B. aus Gründen in der Person des konkreten Arbeitnehmers, der nur zu bestimmten Zeiten arbeiten kann) nicht fest im Arbeitsvertrag vereinbart worden war.

Die vorstehenden Änderungen können aber in jedem Fall auch dann vorgenommen werden, wenn sich der Arbeitnehmer damit einverstanden erklärt. Es ist aber das Beteiligungsrecht des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nrn. 2, 3 BetrVG) ggf. zu beachten.

III. Ort der Arbeitsleistung

Soweit sich aus dem Arbeitsvertrag oder der Art der Tätigkeit (z.B. Außendienstmitarbeiter; Montagearbeiter) nichts anderes ergibt, schuldet der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nur am Sitz des Betriebes, für den er eingestellt worden war. Eine Änderung des Arbeitsortes kommt nur in Betracht, sofern sich der Arbeitgeber dies im Vertrag vorbehalten hat (**Versetzungsklausel**) oder der Arbeitnehmer einverstanden ist. Der Betriebsrat ist ggf. nach § 99 Abs. 1 BetrVG zu beteiligen.

IV. Direktionsrecht

Merke:

Das **Direktionsrecht** ist ein Recht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag. Damit kann er dessen Inhalt **näher konkretisieren**. Es gestattet aber **nicht**, den Vertrag **inhaltlich zu ändern**.

§ 2 Vertragliche Nebenpflichten (Treuepflicht)

Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis. Deswegen haben beide Parteien neben der Hauptleistungspflicht auch Nebenpflichten zu beachten. Die Nebenpflichten des Arbeitnehmers werden als **Treuepflicht** bezeichnet. Dies sind z.B. Mitteilungspflichten (z.B. bei erkannt drohenden Schäden), Pflicht zur Unterlassung von Anzeigen gegen den Arbeitgeber (Interessenabwägung), Verschwiegenheitspflicht (über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse), eingeschränkte politische Betätigung, Schmiergeldverbot, Verbot von Nebenbeschäftigungen (soweit diese eine Konkurrenz zum Arbeitgeber darstellen oder dadurch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers beeinträchtigt werden könnte) oder ein Wettbewerbsverbot.

§ 3 Pflicht zur Lohnzahlung

I. Begriff der Vergütung

Entgelt ist die Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung. Sie kann in Geld (**Geldlohn**) oder in Sachleistungen (**Naturallohn**) gewährt werden. Grundsätzlich muss das Entgelt in Geld ausbezahlt; der Arbeitgeber darf keine Waren kreditieren (§ 115 GewO). Entgelt wird vor allem als **Zeitlohn** (Vergütung pro Zeiteinheit (z.B. Stunde, Monat) oder **Leistungslohn** (Akkord) entrichtet.

II. Höhe des Entgelts

Soweit ein Tariflohn Anwendung findet, ist die **tarifliche Vergütung** die **Mindestvergütung**, die vertraglich nicht unterschritten werden darf. Im übrigen kann die Vergütung **frei ausgehandelt** werden, muss aber eine angemessene Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen.

III. Sonderleistungen

Zu der Grundentlohnung können vielgestaltige weitere Lohnbestandteile kommen, die ihrerseits auf einer gesetzlichen, tariflichen oder einer vertraglichen Grundlage basieren oder kraft betrieblicher Übung zu zahlen sind. Dies können sein:

- Zuschläge zum Entgelt (Zeit-, Erschwernis-, Sozial-, Leistungszuschläge)
- Freiwillige (übertarifliche) Zulagen
- Jahressonderzahlungen und Gratifikationen

IV. Gleichbehandlung beim Entgelt

Gerade im Entgeltbereich hat der Arbeitgeber den **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** zu beachten. Dieser besagt:

Der Arbeitgeber darf eine kleinere Gruppe von Arbeitnehmern oder einzelne Arbeitnehmer nicht **willkürlich** (aus sachfremden Erwägungen) schlechter behandeln, als die größere Gruppe von Arbeitnehmern.

E. Entgelt ohne Arbeitsleistung

§ 1 Übersicht

Ein Vergütungsanspruch besteht grundsätzlich nur bei erbrachter Arbeitsleistung.

Kein Lohn ohne Arbeitsleistung

Davon gibt es verschiedene, nachfolgend zu betrachtende **Ausnahmen**.

§ 2 Persönliche Verhinderung und Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit

I. Persönliche Verhinderung

Nach § 616 BGB erhalten Arbeitnehmer für Zeiten der Arbeitsverhinderung das Entgelt weiter entrichtet, wenn sie

- in Folge eines **in ihrer Person liegenden Grundes** (z.B. Arztbesuch; Besuch von Behörden; gerichtliche Ladung; Familienfeste, wie Hochzeiten; Taufen; Sterbefälle; Betreuung erkrankter Kinder) an der Arbeitsleistung verhindert sind
- die Verhinderung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit besteht (3 – 4 Tage bei erst kurz bestehenden Arbeitsverhältnissen; ca. 1 – 2 Wochen bei länger bestehenden)
- und sie an der Verhinderung kein Verschulden trifft.

II. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle

1. Unverschuldete krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit

Ein Arbeitnehmer erhält Entgeltfortzahlung, wenn er **infolge Krankheit** (regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, welcher der Heilbehandlung bedarf) **arbeitsunfähig** (§ 3 EFZG). Arbeitsunfähigkeit ist gegeben, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung muss wegen der Krankheit dem Arbeitnehmer **unmöglich** oder **unzumutbar** ist. Zudem darf die Krankheit **nicht selbst verschuldet** sein, was dann bejaht wird, wenn diese auf einem groben Verstoß gegen eine, jedermann einleuchtende und im eigenen Interesse einzuhaltende Pflicht angenommen (z.B. Trunkenheitsfahrt mit dem KFZ; Unfall bei Ausüben einer Sportart, ohne ausreichende Vorbereitung oder ausreichendes Training)

Bei **wiederholter Arbeitsunfähigkeit** ist zu unterscheiden:

- Erkrankt ein Arbeitnehmer nacheinander an **verschiedenen** Krankheiten arbeitsunfähig, erhält er nur einmal für die Dauer von maximal 6 Wochen Entgeltfortzahlung, wenn die zweite Krankheitsursache während noch bestehender Arbeitsunfähigkeit eintritt (**Einheit des Verhinderungsfalles**).
- Schließt sich die zweite, zur Arbeitsunfähigkeit führende Krankheit an den ersten Arbeitsunfähigkeitszeitraum an, erhält ein Arbeitnehmer **erneut für maximal sechs Wochen** Entgeltfortzahlung.
- Erkrankt ein Arbeitnehmer **wiederholt** an **derselben Krankheitsursache** (**Fortsetzungserkrankung**) greift § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG ein.
 - Er erhält in einer Rahmenfrist von 12 Monaten, ab Beginn der ersten Arbeitsun-

fähigkeit nur einmal für maximal 6 Wochen Entgeltfortzahlung, auch wenn er mehrfach wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig wird.

- Liegen aber zwischen dem Ende der ersten Arbeitsunfähigkeitszeit und dem erneuten Auftreten der Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit mindestens sechs Monate, ist der 12-Monats-Zeitraum unterbrochen. Es beginnt dann mit der erneuten Arbeitsunfähigkeit eine neue Rahmenfrist zu laufen, innerhalb derer der Arbeitnehmer wiederum für maximal sechs Wochen Entgeltfortzahlung beanspruchen kann.

2. Anzeige- und Nachweispflichten

Die Arbeitsunfähigkeit ist **unverzüglich** dem Arbeitgeber (Personalbüro) anzuzeigen. Dauert sie länger als 3 Kalendertage an, ist spätestens am 4. Kalendertag, sofern dies ein betrieblicher Arbeitstag ist, eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen (§ 5 Abs. 1 EFZG).

§ 3 Betriebs- und Wirtschaftsrisiko; Arbeitskampfrisiko

Betriebsrisiko ist das Risiko, die Arbeitnehmer aus objektiven, nicht aus dem Betrieb herrührenden und nicht zu vertretenden Umständen nicht beschäftigen zu können. Das **Wirtschaftsrisiko** bezeichnet den Fall, dass die Arbeitsleistung zwar möglich, die Verwertung des Arbeitsergebnisses ist aber wirtschaftlich sinnlos ist.

§ 4 Annahmeverzug des Arbeitgebers

Annahmeverzug (§§ 615, 293 ff BGB) liegt vor, wenn der Arbeitgeber die geschuldete **Arbeitsleistung nicht annimmt**, obwohl sie der Arbeitnehmer **anbietet** und er **leistungsfähig** und **leistungsbereit** ist. In diesem Fall erhält er die Vergütung, die er bei Annahme der Arbeitsleistung verdienen hätte, dennoch entrichtet. Er muss sich aber anrechnen lassen, was er wegen der frei gewordenen Arbeitskraft **anderweit verdient** oder **böswillig zu verdienen unterlässt** (§ 615 Satz 2 BGB).

§ 5 Urlaubsrecht

Das BUrlG regelt die urlaubsrechtlichen **Mindestbedingungen**. Weitergehende Urlaubsansprüche, auch vom Umfang her, können sich aus dem **Tarifvertrag** oder dem **Einzelarbeitsvertrag** ergeben (Günstigkeitsprinzip).

I. Entstehen und Dauer des Urlaubsanspruchs

Der Urlaubsanspruch entsteht erstmals nach 6-monatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses.

nisses (§ 4 BUrlG); dann entsteht aber sogleich der gesamte Jahresurlaubsanspruch. In den Fällen, da der Arbeitnehmer

- im Urlaubsjahr (Kalenderjahr, § 1 BUrlG) keine sechs Monate beschäftigt ist
- insgesamt keine sechs Monate beschäftigt ist oder
- zwar schon mehr als sechs Monate beschäftigt ist, aber in der ersten Kalenderhälfte ausscheidet,

entsteht nur ein Teilurlaubsanspruch von 1/12 pro vollem Beschäftigungsmonat (§ 5 Abs. 1 BUrlG).

II. Urlaubsdauer

Der Urlaubsanspruch beträgt nach dem BUrlG 24 Werktage. Als Werktag zählen Montag bis Samstag (§ 3 Abs. 1 BUrlG). Soweit, wie üblich, ein Arbeitnehmer nicht in einer 6-Tage-Woche arbeitet, empfiehlt sich die Umrechnung des Urlaubsanspruchs – ggf. auch des tariflichen, in Werktagen bemessenen Urlaubsanspruchs - auf Arbeitstage (BAG AP Nr. 30 zu § 13 BUrlG), nach der Formel:

$\text{Urlaubstage} <\text{Werktage}> : 6 \text{ Werktage/Woche} \times \text{Arbeitstage/Woche}$

Schwerbehinderte und **Jugendliche** haben einen Anspruch auf zusätzlichen Urlaub (vgl. §§ 47 SchwbG; 19 JArbSchG).

III. Urlaubserteilung

Urlaub ist gem. § 7 Abs. 1, 2 BUrlG vom Arbeitgeber **zu erteilen**. Eigenmächtiger Urlaubsantritt kann einen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen. Bei der Urlaubserteilung hat der Arbeitgeber zwingend die **Wünsche des Arbeitnehmers** zu beachten, sofern nicht **betriebliche Gründe** oder **vorrangig zu beachtende Interessen anderer Arbeitnehmer** entgegenstehen.

Krankheit des Arbeitnehmers hindert die Urlaubsnahme. Erkrankt er während des Urlaubs, werden die durch ärztliche Bescheinigung nachgewiesenen Krankheitstage nicht als Urlaub verbraucht (§ 9 BUrlG).

IV. Übertragung und Verfall des Urlaubsanspruchs

Urlaub ist grundsätzlich im Urlaubsjahr zu gewähren und zu nehmen (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG). Ist dies aus **dringenden betrieblichen** (Unabkömmlichkeit) oder **persönlichen Gründen** (Krankheit) des Arbeitnehmers ausgeschlossen, geht der Urlaub (automatisch)

auf die ersten drei Monate des Folgejahres über. Wird er in dieser Zeit nicht genommen, verfällt der Urlaubsanspruch, auch wenn er wegen Krankheit nicht genommen werden konnte.

V. Urlaubsvergütung

Während erteilten Urlaubs hat der Arbeitgeber **Urlaubsentgelt** ("Lohnzahlung während des Urlaubs") zu leisten, dessen Höhe sich nach dem durchschnittlichen Verdienst der letzten 13 Wochen vor dem Urlaubsantritt bemisst (§ 11 Abs. 1 BUrlG; Referenzprinzip). Es ist grundsätzlich **vor Urlaubsantritt** zu zahlen (§ 11 Abs. 2 BUrlG). Daneben kann ein Anspruch auf **Urlaubsgeld** bestehen. Dabei handelt es sich entweder um eine tarifliche oder freiwillige zusätzliche Leistung des Arbeitgebers aus Anlass des Urlaubs.

VI. Urlaubsabgeltung

Kann der Urlaub **wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses** nicht mehr (ganz) in Freizeit genommen werden, ist er in Geld abzugelten (§ 7 Abs. 4 BUrlG).

§ 6 Sonstige Arbeitsbefreiung

Als sonstige Gründe einer Arbeitsbefreiung kommen **Erziehungsurlaub**, **Mutterschutz**, (landesrechtlich in einzelnen Bundesländern vorgesehener) **Bildungsurlaub**, **Wehr- oder Zivildienst** sowie **unbezahlte Freistellung** in Betracht.

F. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

§ 1 Inhalt der Fürsorgepflicht

Auf Grund der Fürsorgepflicht schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gewisse Schutz- und Rücksichtspflichten. Es sind **allgemeine** (Schutz von Leib, Leben und Gesundheit, Schutz seiner Persönlichkeit, Schutz des eingebrachten Eigentums) und **besondere** Fürsorgepflichten (innerbetriebliche Gleichbehandlung, Beschäftigung) zu unterscheiden.

§ 2 Schutz der Person und der Persönlichkeit

§§ 617 ff BGB stellen die gesetzliche Konkretisierung der **gesundheitsgerechten Ge-**

staltung des Arbeitsplatzes, des Arbeitsablaufs und der Arbeitsumgebung - im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten - dar. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers umfasst den Schutz und die Achtung des **Erscheinungsbildes des Arbeitnehmers** und seiner **sozialen Geltung** (Ehre). Ferner ist das **Eigentum** des Arbeitnehmers zu schützen, das dieser in den Betrieb mitbringt, soweit die Eigentumsgegenstände für die Arbeitsleistung notwendig oder nützlich sind oder der Arbeitgeber mit deren Mitnahme rechnen muss (z.B. Geldbörse; Winterbekleidung). Einen **Firmenparkplatz** hat der Arbeitgeber grundsätzlich nicht zur Verfügung zu stellen. Stellt er aber einen Parkplatz zur Verfügung, muss er diesen in verkehrssicherem Zustand erhalten.

G. Leistungsstörung im Arbeitsverhältnis

§ 1 Nichtleistung

Die Arbeitsleistung stellt eine unvertretbare höchstpersönliche (§ 613 BGB) Handlung i.S. § 888 Abs. 2 BGB dar, weswegen keine dahingehende Zwangsvollstreckung stattfindet. Dennoch ist nach h.M. eine **Klage auf Erfüllung der Arbeitsleistung zulässig**, um die Arbeitsverpflichtung zu klären und den Arbeitgeber nachdrücklich auf diese hinzuweisen (BAG AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).

§ 2 Schlechtleistung

Ein Arbeitnehmer schuldet nur die Erbringung der Arbeitsleistung, kein bestimmtes Arbeitsergebnis. Bei einer schuldhaften Schlechtleistung ergeben sich allein **Schadensersatzansprüche** (pFV oder § 823 Abs. 1, 2 BGB), aber kein Recht zur Lohnminderung.

Die Haftung für Schäden, die **durch die betriebliche Tätigkeit veranlasst sind**, ist im Arbeitsverhältnis beschränkt. Ein Arbeitnehmer haftet für Schäden bei Ausübung betrieblicher Tätigkeiten,

- bei **vorsätzlicher Schadensverursachung** (§ 276 Abs. 1 BGB) voll,
- bei **grober Fahrlässigkeit** (§ 277 BGB) grundsätzlich voll, es sei denn, das vom Arbeitnehmer zu tragende Schadensrisiko steht in einem deutlichen Missverhältnis zum Verdienst und das Verschulden fällt gegenüber dem vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko nicht schwer ins Gewicht
- bei sog. "mittlerer Fahrlässigkeit" anteilig nach dem Grad des Verschuldens.
- bei **leichtester Fahrlässigkeit** nicht.

H. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis kann auf verschiedene Weise enden, durch (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung, durch Ablauf einer vereinbarten Befristung, durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages oder durch Anfechtungserklärung. Daneben endet es auch beim Tod des Arbeitnehmers.

§ 1 Kündigung

I. Kündigungserklärung

Die Kündigung stellt eine **einseitige Willenserklärung** des Kündigenden dar. Sie muss daher vom Kündigungsempfänger nicht angenommen werden. Die Kündigung bedarf **zwingend** der **Schriftform** (§ 623 BGB; schriftliche Erklärung und eigenhändige Unterschrift, vgl. § 125 BGB), auch wenn es sich um eine Arbeitnehmerkündigung handelt. Wegen des Unterschriftserfordernisses scheidet eine Kündigungsübermittlung per Fax oder e-mail aus.

Der **Arbeitnehmer** kann frei unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist kündigen (arg. Art. 12 Abs. 1 GG). Die **Kündigungsfreiheit** des Arbeitgebers ist demgegenüber eingeschränkt, soweit das KSchG oder die Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes (§§ 15 ff SchwbG; § 9 MuSchG; § 18 BErzGG; § 2 Abs. 1 ArbPISchG; § 613a BGB) Anwendung finden.

II. Zugang der Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung bedarf als **empfangsbedürftige** Willenserklärung des Zugangs (§ 130 BGB). Die Ermittlung des Zugangszeitpunkts ist wesentlich; von ihm hängt z.B. der Lauf weiterer Fristen ab, wie

- der Kündigungsfrist (§ 622 BGB),
- der Frist des § 4 S. 1 KSchG zur Klageerhebung und
- der Mitteilung von Umständen, die besonderen Kündigungsschutz bedingen (z.B. Schwerbehinderteneigenschaft; Schwangerschaft).

Zugang ist bewirkt, wenn die Erklärung **in den Machtbereich des Empfängers gelangt**, dass damit zu rechnen ist, er werde sie unter **regelmäßigen Umständen zur Kenntnis nehmen**. Dies ist dann der Fall, wenn das Kündigungsschreiben

- in den Hausbriefkasten des Empfängers eingeworfen oder
- einer "erwachsenen" und regelmäßig im Haus/in der Wohnung lebenden Per-

son ausgehändigt wurde.

- Bei Einschreibebriefen ist zu unterscheiden:
 - **Einwurfeinschreiben:** Hier ergibt sich kein Unterschied zu normalen Briefen.
 - **Übergabeeinschreiben** gehen erst mit der Aushändigung/Abholung bei der Post zu.

Diese Grundsätze gelten auch bei vorübergehender Ortsabwesenheit (Urlaub; Krankenhausaufenthalt), da es auf die regelmäßige, nicht auf die tatsächliche Möglichkeit zur Kenntnisaufnahme ankommt.

III. Bevollmächtigung des Erklärenden

Ist der Kündigende nicht zugleich Vertragspartner (z.B. Arbeitgeber) muss er sich durch Vorlage einer Originalvollmacht zur Abgabe der Kündigungserklärung legitimieren. Andernfalls kann der Gekündigte die Kündigungserklärung unverzüglich zurückweisen (§ 174 BGB).

IV. Rücknahme der Kündigung

Die Kündigung wird mit ihrem Zugang wirksam; eine Rücknahme oder ein Widerruf ist nur vor oder zu diesem Zeitpunkt noch möglich (§ 130 Abs. 1 Satz 2 BGB; BAG NZA 1992, 449).

§ 2 Arten der Kündigung

I. Ordentliche Kündigung

Regelfall der Kündigung ist der einer ordentlichen Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist. Die gesetzlichen Kündigungsfristen sind in § 622 BGB geregelt. Davon kann vertraglich nur zugunsten der Arbeitnehmer, tariflich zugunsten, wie zu Ungunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden (§ 622 Abs. 4 BGB).

Die gesetzliche **Grundkündigungsfrist** von **4 Wochen** wirkt zum **15. eines Monats** oder **zum Monatsende**: Ist die 4-Wochen-Frist (gerechnet ab Kündigungszugang) zum nächst 15. oder zum Monatsende nicht eingehalten, so wirkt die Kündigung zum jeweils nächst möglichen Kündigungstermin. Die **verlängerten Kündigungsfristen** sind grundsätzlich nur bei Arbeitgeberkündigungen einzuhalten; sie wirken ausschließlich zum Monatsende. Die dafür erforderliche Betriebszugehörigkeit wird erst ab dem 25. Lebensjahr des Arbeitnehmers gerechnet (§ 622 Abs. 2 BGB).

II. Außerordentliche Kündigung

1. Allgemeines

Eine außerordentliche (fristlose oder entfristete) Kündigung (§ 626 BGB) kann ausgesprochen werden, wenn ein

- **wichtiger Grund** für die vorzeitige Lösung des Arbeitsverhältnisses besteht,
- auf Grund dessen dem Kündigenden die **Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar** ist (§ 626 Abs. 1 BGB).
- Die Kündigung muss innerhalb der **Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB** ausgesprochen werden.

Die außerordentlichen Kündigungsgründe werden systematisch unterschieden nach Störungen im **Leistungsbereich** (z.B. Arbeitspflicht- oder Vergütungspflichtverletzungen), Störungen im **betrieblichen Bereich** (z.B. Bereich der betrieblichen Ordnung und des Betriebsablaufs aber auch der Verbundenheit der Mitarbeiter [z.B. Raufereien]), Störungen im **Vertrauensbereich** (z.B. im Bereich der gegenseitigen Achtung (Ehrverletzungen) und im **Unternehmensbereich** (z.B. Straftaten im Bereich eines anderen Betriebes des Unternehmens)

2. Darlegungs- und Beweislast

Der Kündigende muss den wichtigen Grund (§ 626 Abs. 1 BGB), einschließlich des Fehlens eventueller Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe und die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB begründen und beweisen.

3. Umdeutung

Eine unwirksame außerordentliche Kündigung kann gem. § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung zum nächstzulässigen Termin umgedeutet werden. Voraussetzung ist, dass die ordentliche Kündigung dem hypothetischen Willen des Kündigenden entsprach und dieser dem Gekündigten erkennbar war (BAG NZA 1988, 129). Dabei ist den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen.

III. Änderungskündigung

Mit der Änderungskündigung erstrebt der Kündigende die Änderung des Inhalts des Arbeitsvertrags. Sie stellt eine **echte Beendigungskündigung** dar, die das Arbeitsverhältnis auflöst, wenn das Änderungsangebot nicht akzeptiert wird. Der Arbeitnehmer kann

- die geänderten Arbeitsbedingungen annehmen; dann setzt sich das Arbeitsverhältnis ab dem Kündigungstermin zu diesen fort.
- die geänderten Arbeitsbedingungen ablehnen. Dann stellt sich die Kündigung

als eine **echte Beendigungskündigung** dar, die das Arbeitsverhältnis auflöst, wenn das Änderungsangebot nicht akzeptiert wird.

- Das Angebot unter dem Vorbehalt seiner sozialen Rechtfertigung annehmen (gilt nur bei Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes; nachfolgend § 4). Dann setzt sich das Arbeitsverhältnis zunächst ab dem Kündigungstermin zu den geänderten Bedingungen fort. Gleichzeitig kann Änderungsschutzklage erhoben und die Rechtfertigung der Änderung gerichtlich überprüft werden. Stellt das Gericht die soziale Rechtfertigung fest, verbleibt es bei den geänderten Bedingungen. Sind die Änderungen nicht sozial gerechtfertigt, lebt das ursprüngliche Arbeitsverhältnis wieder auf. Eventuell entgangener Zwischenverdienst ist nachzuentrichten (§ 8 KSchG).

§ 3 Kündigungsschutz

I. Anwendbarkeit des KSchG

Das Kündigungsschutzgesetz gilt

- **persönlich** für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis im Betrieb seit **mehr als 6 Monaten** besteht (§ 1 Abs. 1 KSchG).
- **betrieblich** in den Betrieben, in denen **mehr als 5 Arbeitnehmer**, Auszubildende nicht mitgerechnet, beschäftigt werden (§ 23 Abs. 1 KSchG). Dabei ist zu unterscheiden: Arbeitnehmer, die **mehr als 30 Wochenstunden** arbeiten, zählen als 1 Arbeitnehmer. Arbeitnehmer, die **mehr als 20 und bis zu 30 Wochenstunden** arbeiten zählen zu 0,75, Arbeitnehmer, die **bis zu 20 Wochenstunden** arbeiten, zu 0,5.

II. Soziale Rechtfertigung

Bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ist eine ordentliche Arbeitgeberkündigung nur sozial gerechtfertigt nach § 1 Abs. 2, 3 KSchG, wenn sie

- durch **dringende betriebliche Gründe**,
- Gründe **in der Person** oder
- Gründe **im Verhalten des Arbeitnehmers** gerechtfertigt ist.

Die Kündigung muss stets letztes Mittel sein, für die Zukunft zu befürchtende Störungen oder Beeinträchtigungen auszuschließen (ultima-ratio-Prinzip). Sie ist unwirksam, wenn der Arbeitgeber zumutbare mildere Mittel vor Ausspruch der Kündigung nicht ergriffen hat; insbesondere hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer eine zumutbare Weiterarbeit auf einem anderen (freien) Arbeitsplatz anzubieten (**Vorrang der Änderungskündigung vor einer Beendigungskündigung**).

1. Dringende betriebliche Gründe

Dringende betriebliche Gründe können in außerbetrieblichen Umständen (Absatzmangel; Auftragsmangel) oder in innerbetrieblichen Gründen (z.B. Rationalisierung; Teilbetriebsschließung) liegen. Sie bedingen eine Kündigung, wenn deswegen ein Arbeitsplatz entfällt und kein milderes Mittel zu Gebote steht, die Kündigung zu vermeiden.

Leisten mehrere Arbeitnehmer gleiche oder vergleichbare Tätigkeiten und fallen nicht alle, sondern nur einzelne Arbeitsplätze weg, muss der Arbeitgeber unter diesen eine soziale Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) vornehmen. Er hat den- oder diejenigen Arbeitnehmer auszuwählen, die nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit, ihrem Alter und der tatsächlich bestehenden Unterhaltungspflichten sowie evtl. weiterer zu berücksichtigender Umstände sozial am stärksten sind.

2. Personenbedingte Gründe

Personenbedingte Kündigungsgründe werden im Gesetz nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Hierher zählen Umstände, die auf den **persönlichen Eigenschaften** und **Fähigkeiten des einzelnen Arbeitnehmers** beruhen oder aus diesen herrühren. Hautfall ist die Kündigung wegen Krankheit.

3. Verhaltensbedingte Kündigung

Eine ordentliche, verhaltensbedingte Kündigung kommt in Betracht, wenn ein **ruhig und verständig urteilender Arbeitgeber in Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien** auf Grund eines bestimmten schuldhaften Fehlverhaltens des Arbeitnehmers eine Kündigung als angemessen und billig betrachten würde (BAG NZA 1987, 518). Grundsätzlich muss einer verhaltensbedingten Kündigung eine erfolglose Abmahnung vorangegangen sein.

4. Betriebsratsanhörung

Ein im Betrieb existierender Betriebsrat ist **vor jeder Kündigung** nach § 102 BetrVG anzuhören. Ihm ist neben der Kündigungsabsicht mitzuteilen, wer gekündigt werden soll, welche Sozialdaten die zu kündigende Person hat, wie (fristlos, ordentlich) gekündigt werden soll und aus welchen Gründen. Unterlässt der Arbeitgeber die Betriebsratsanhörung oder führt er sie nicht ordnungsgemäß (vollständig) durch, ist die ausgesprochene Kündigung unheilbar nichtig (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG).

Einer beabsichtigten - nur außerordentlich möglichen (§ 15 Abs. 1 KSchG) - Kündigung von Betriebsratsmitgliedern muss der Betriebsrat zustimmen (§ 103 BetrVG). Stimmt er nicht zu, kann die Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzt werden.

III. Kündigungsschutzklage

Greift das Kündigungsschutzgesetz ein, muss ein Arbeitnehmer, der sich gegen eine Kündigung wenden will, innerhalb **dreier Wochen ab Kündigungszugang** Klage zum Arbeitsgericht erheben (§ 4 Satz 1 KSchG). Versäumt er diese Frist, gilt die Kündigung als von Anfang an gerechtfertigt (§ 7 KSchG).

Trifft den einzelnen an der Fristversäumung kein Verschulden, kann er aber ggf. nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage beantragen (§ 5 KSchG).

§ 5 Besonderer Kündigungsschutz

Besonderer Kündigungsschutz besteht, unabhängig ob daneben auch das KSchG eingreift - für bestimmte Arbeitnehmergruppen

- § 9 MuSchG werdende Mütter
- § 18 BErzGG Erziehungsurlauber
- § 2 ArbPISchG Wehrdienstleistende
- § 78 ZDG Zivildienstleistende
- §§ 15 ff SchwbG Schwerbehinderte
- § 15 KSchG Betriebsratsmitglieder

oder bei bestimmten betrieblichen Situationen

- § 613a Abs. 4 BGB Betriebsübergang
- § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unterbliebene Betriebsratsanhörung

Je nachdem ist in diesen Fällen jede Art einer Kündigung (z.B. §§ 9 MuSchG, 18 BErzGG) oder nur die ordentliche Kündigung (z.B. §§ 15 Abs. 1 KSchG, 2 Abs. 1 ArbPISchG) ausgeschlossen. teilweise wird die Kündigung auch (zusätzlich) an eine behördliche Erlaubnis gebunden (z.B. §§ 9 MuSchG, 18 BErzGG; 15 ff SchwbG)

§ 6 Befristung

I. Arten der Befristung

Bei der ab 1. Jan. 2001 neu im TzBefrG geregelten Befristung sind zwei Arten zu unterscheiden:

- **Zeitbefristung:** Das Arbeitsverhältnis wird für eine bestimmte Zeitdauer (z.B. v. 1.3. bis 31.12. eines Jahres) abgeschlossen und endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit, ohne dass es einer Kündigung bedarf.
- **Zweckbefristung:** Ein Arbeitnehmer wird bis zur Erreichung eines be-

stimmten Zwecks (z.B. Fertigstellung eines Bauvorhabens) eingestellt; das Arbeitsverhältnis endet mit Erreichen des Zwecks.

II. Regelung der Befristung

Die Befristung – nicht der gesamte Vertrag - muss **zwingend schriftlich** vereinbart werden (§ 14 Abs. 4 TzBefrG). Bei der Zweckbefristung hat der Arbeitgeber unter Einhaltung einer Mindestankündigungsfrist den Zeitpunkt der Zweckerreichung **schriftlich** mitzuteilen; es endet dann frühestens 2 Wochen nach Zugang der Mitteilung (§ 15 Abs. 2 TzBefrG).

Während der Laufzeit des befristeten Vertrages kann nur dann ordentlich gekündigt werden, wenn dies vertraglich oder im Tarifvertrag vereinbart ist (§ 15 Abs. 3 TzBefrG).

Will sich ein Arbeitnehmer gegen eine, aus seiner Sicht unwirksame - Befristungsabrede wenden, muss er jede Befristungsabrede gesondert innerhalb einer 3-Wochen-Frist angreifen (§ 17 TzBefrG).

§ 7 Weiterbeschäftigung

Im ungekündigten Arbeitsverhältnis und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist kann der Arbeitnehmer seine tatsächliche Beschäftigung verlangen (§ 102 Abs. 5 BetrVG bzw. §§ 611, 613, 242 BGB, Art. 1, 2 GG).

Literaturhinweise:

Grundrisse und Lehrbücher:

Braun, Carl	Kündigungs-ABC, 2. Aufl. 2000
Dütz, Wilhelm	Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2000
Gitter Wolfgang,	Arbeitsrecht, 4 Aufl., 1997
Hohmeister, Frank	Grundzüge des Arbeitsrechts, 1998
Künzl, Reinhard,	Arbeitsrecht I, Individualarbeitsrecht, 1995
ders.,	Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis, 2000
Senne/Senne,	Arbeitsrecht – Fälle, Lösungen, Methodik, 1991
Wörlen, Rainer	Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2000

Große Lehrbücher und Handbücher:

Leinemann, Wolfgang (Hrsg.)	Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., Neuwied 2000
Richardi, Reinhard, Otfried, Wlotzke	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. München 2000

I Fragen zum Skriptum:

1. Nennen Sie mindestens 5 Rechtsquellen, die im Arbeitsrecht Bedeutung haben!
2. In welchem Verhältnis stehen die unterschiedlichen Rechtsquellen zueinander?
3. Welche Funktion erfüllt ein Tarifvertrag?
4. Welche Tarifvertragsregelungen finden auf das Arbeitsverhältnis Anwendung? Welche Voraussetzungen gelten hierfür?
5. Was versteht man unter Betriebsvereinbarungen, wer schließt diese ab und wie wirken sie?
6. Welche Personen sind Arbeitnehmer und wie unterscheiden sie sich von einem Selbstständigen?
7. Was ist unter einem Betrieb zu verstehen?
8. Welche Fragen sind im Rahmen eines Einstellungsgespräches statthaft, welche nicht?
9. Müssen unstatthafte Fragen beantwortet werden? Was kann geschehen, wenn zulässige Fragen falsch beantwortet werden?
10. Wie wirkt im Arbeitsrecht die Anfechtung der Willenserklärung zum Zustandekommen des Arbeitsvertrages?

11. Muss ein Arbeitsvertrag einen bestimmten Inhalt haben?
12. Welche Pflichten haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber nach dem Arbeitsvertrag?
13. Erläutern sie, was unter der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers zu verstehen ist!
14. Was versteht man unter dem Begriff „Direktionsrecht“?
15. Worin besteht die Hauptleistung des Arbeitgebers? An welche Voraussetzung ist diese regelmäßig gebunden?
16. Wann kann ein Arbeitnehmer Entgelt beanspruchen, ohne eine Arbeitsleistung erbracht zu haben?
17. Unter welchen Voraussetzungen besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfalle?
18. Welche Pflicht hat ein Arbeitnehmer zu erfüllen, damit er Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall tatsächlich bezahlt erhalten kann?
19. Was versteht man unter Annahmeverzug?
20. Aus welchen Rechtsgrundlagen kann sich eine Urlaubsregelung ergeben?
21. Wie wird Urlaub erteilt?

22. Wann ist Urlaub einzubringen? Was geschieht, wenn der Urlaub nicht rechtzeitig eingebracht wird?
23. Kann Urlaub auch bei Erkrankung eines Arbeitnehmers eingebracht werden?
24. Welche Leistungen erhält ein Arbeitnehmer im Urlaub?
25. Welche Ansprüche hat der Arbeitgeber, wenn ein Arbeitnehmer seine Leistung nicht oder schlecht erbringt?
26. Welche Möglichkeiten der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gibt es?
27. Wie ist eine Kündigung auszusprechen?
28. Welche Arten der Kündigung gibt es? Erläutern Sie die Unterschiede!
29. Was versteht man unter einer Änderungskündigung?
30. Unter welchen Voraussetzungen besteht allgemeiner Kündigungsschutz? Was bedeutet das Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer?

31. Nennen Sie mindestens drei Fälle des besonderen Kündigungsschutzes und erläutern Sie, was zu beachten ist!
32. Unter welchen Voraussetzungen kann ein Arbeitsverhältnis nur auf Zeit abgeschlossen werden?

J Antworten:

1. Europäisches Recht
Grundgesetz
Gesetze
Verordnungen
Tarifverträge
Betriebsvereinbarungen
Arbeitsvertrag
2. Zwingendes höherrangiges Recht geht dem niederrangigen vor.
Das niederrangige Recht geht allerdings dem höherrangigen vor, wenn es den Arbeitnehmern günstiger ist.
3. Ein Tarifvertrag hat Schutz-, Ordnungs-, Verteilungs- und Friedensfunktion.
4. Auf das Arbeitsverhältnis finden die normativen Tarifregelungen (Individualnormen und Betriebsnormen) Anwendung.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Individualnormen ist, dass der Tarifvertrag in betrieblich-fachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht gilt und entweder beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden (Mitglied der tarifschließenden Vereinigungen) sind oder der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt bzw. im Arbeitsvertrag in Bezug genommen ist (§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG).

Die Betriebsnormen finden bei betrieblich-fachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Geltung des Tarifvertrages bereits dann Anwendung, wenn nur der Arbeitgeber tarifgebunden (oder der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt bzw. arbeitsvertraglich in Bezug genommen) ist (§ 3 Abs. 2 TVG).

5. Eine Betriebsvereinbarung ist ein Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, der von beiden gemeinsam beschlossen, schriftlich niedergelegt und vom Arbeitgeber und vom Betriebsratsvorsitzenden unterzeichnet ist. Die Vereinbarung ist öffentlich auszulegen (§ 77 Abs. 2 BetrVG).

Die Betriebsvereinbarung wirkt unmittelbar und zwingend (§ 77 Abs. 4 BetrVG) auf das Arbeitsverhältnis ein, d.h., sie ist von allen Arbeitnehmern zu beachten.

6. Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages einem anderen gegenüber verpflichtet ist, Dienst (Arbeit) zu leisten und den Weisungen des Dritten hinsichtlich der Art, dem Ort und der Zeit der Arbeitsleistung unterfällt.

Ein Selbstständiger ist, im Gegensatz zum Arbeitnehmer, dem Auftraggeber nur beschränkt weisungsunterworfen.

7. Ein Betrieb ist eine organisatorische Einheit, innerhalb derer der Inhaber allein und/oder mit anderen und/oder mit sachlichen und/oder immateriellen Mitteln fortgesetzt einen arbeitstechnischen Zweck verfolgt, der sich nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpft.
8. Erfragt werden dürfen nur Umstände, die für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind. Die Fragen dürfen aber nicht in verfassungsrechtlich geschützte Rechte (Religion; Parteizugehörigkeit; Gewerkschaftszugehörigkeit) und die Intimsphäre des Einzelnen eingreifen.
9. Unstatthafte Fragen müssen nicht oder können falsch beantwortet werden. Werden hingegen zulässige Fragen unrichtig beantwortet, kann der Arbeitgeber, wenn ein Arbeitsverhältnis begründet wurde, seine Willenserklärung zum Zustandekommen des Arbeitsvertrages anfechten (§§ 123, 142, 143 BGB).
10. Die Anfechtungserklärung wirkt im Gegensatz zum allgemeinen Zivilrecht, im Arbeitsrecht nur ex nunc, d.h. das Arbeitsverhältnis wird erst ab Zugang der Anfechtungserklärung beendet.
11. Nein, es besteht Abschlussfreiheit. Die Parteien sind allein an die Vorgaben des höherrangigen rechts gebunden.
12. Der Arbeitnehmer muss seine geschuldete Arbeitsleistung erbringen (Hauptpflicht) und als Nebenpflicht die dem Arbeitgeber gegenüber bestehende Treuepflicht beachten.
- Der Arbeitgeber hat das geschuldete Entgelt zu zahlen (Hauptpflicht). Zudem obliegt ihm eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer (Nebenpflicht).
13. Der Arbeitnehmer hat die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zur rechten Zeit und über den vereinbarten (täglichen) Zeitraum, am rechten Ort zu erbringen.
14. Direktionsrecht ist das Recht des Arbeitgebers, Art, Ort und Zeit der Arbeitsleistung im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen zu konkretisieren.
15. Der Arbeitgeber hat das geschuldete Arbeitsentgelt zu leisten. Voraussetzung ist regelmäßig, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung bereits erbracht hat (vgl. § 614 BGB; Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers).
16. Entgelt ohne Arbeitsleistung erhält ein Arbeitnehmer bei krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung, bei persönlicher Arbeitsverhinderung, bei Urlaub, im Falle des Annahmeverzugs des Arbeitgebers (auch Betriebs- und Wirtschaftsrisiko) sowie, wenn die Arbeitsleistung wegen eines Feiertages ausfällt.
17. Entgeltfortzahlung bei Krankheit kann beansprucht werden, wenn ein Arbeitnehmer wegen einer Erkrankung an der Arbeitsleistung verhindert ist und ihn an der Krankheit kein Verschulden trifft.
18. Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer muss unverzüglich die Arbeitsunfähigkeit anzeigen und, sofern die Krankheit länger als drei Kalendertage andauert, spätestens am vierten Kalendertag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen.

19. Annahmeverzug ist die Verweigerung der Annahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber (z.B. Suspendierung).
20. Aus dem Gesetz, einem Tarifvertrag oder einem Arbeitsvertrag.
21. Urlaub ist durch den Arbeitgeber zu bewilligen. Dieser hat bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Wünsche des jeweiligen Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Von diesen darf er nur aus dringenden betrieblichen Gründen oder wegen der Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die aus sozialen Gründen vorrangig zu berücksichtigen sind, abweichen.
22. Urlaub ist grundsätzlich im Urlaubsjahr (Kalenderjahr) zu nehmen. Nimmt der Arbeitnehmer den Urlaub im Kalenderjahr aus betrieblichen oder persönlichen Gründen (z.B. Krankheit) nicht, wird er auf das erste Quartal des Folgejahres übertragen. Wird er auch dann nicht genommen, verfällt er. Nimmt der Arbeitnehmer den Urlaub im Urlaubsjahr nicht, obwohl die Möglichkeit dazu bestanden hätte, verfällt der Anspruch bereits mit Ablauf des 31.12. des Urlaubsjahres.
23. Nein, da Urlaub Freistellung von der Arbeitsleistung ist. Da ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer schon freigestellt ist, kann keine weitere Freistellung erfolgen.
24. Im Urlaub erhält ein Arbeitnehmer Urlaubsentgelt, berechnet nach dem Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate der 13 Wochen. Daneben kann, sofern ein einschlägiger Tarifvertrag oder der Arbeitsvertrag dies vorsehen, Urlaubsgeld als zusätzliche Leistung beansprucht werden.
25. Bei schuldhafter Nichterbringung der Arbeitsleistung kann der Arbeitgeber abmahnen oder kündigen. Daneben kann er aber auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Im Falle der Schlechtleistung hat der Arbeitgeber neben der Abmahn- und Kündigungsmöglichkeit ebenso das Recht, Schadenersatz zu verlangen.

Der Schadenersatzanspruch ist aber gestaffelt nach dem Verschulden des Arbeitnehmers: Bei leichtester Fahrlässigkeit muss er keinen Ersatz leisten. Bei mittlerer Fahrlässigkeit ist der Schaden anteilig, bei grober Fahrlässigkeit grundsätzlich voll, bei Vorsatz immer voll zu ersetzen.
26. Kündigung, Befristung, Aufhebungsvertrag, Anfechtung, Tod des Arbeitnehmers, u.a.
27. Eine Kündigung ist schriftlich so eindeutig zu erklären, dass keine Zweifel über die beabsichtigte Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen. Ferner muss sie dem Gekündigten zugehen.
28. Ordentliche und außerordentliche (fristlose) Kündigung.

Die ordentliche Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist (§ 622 BGB).

Bei einer außerordentlichen Kündigung (aus wichtigem Grund) wird das Arbeitsverhältnis regelmäßig sofort und ohne Einhaltung einer Frist beendet. Diese Kündigung setzt voraus, dass der Kündigungsgrund so schwer wiegt, dass dem Kündigenden die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zuzumuten ist und muss innerhalb zweier Wochen ab Kenntnis vom wichtigen Grund ausgesprochen sein.
29. Eine (ordentliche oder außerordentliche) Änderungskündigung ist eine Beendigungskündigung, verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis ab dem Kündigungstermin zu geänderten Arbeitsbedingungen fortzusetzen.
30. Allgemeiner Kündigungsschutz greift ein, wenn das Arbeitsverhältnis ununterbrochen seit mehr als sechs Monaten in einem Betrieb, der mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt, besteht.

31. Schwerbehindertenschutz (§§ 15 ff SchwbG): Kündigung nur mit Zustimmung der Hauptfürsorgestelle.

Mutterschutz (§ 9 MuSchG): Kündigung nur mit Zustimmung der zuständigen Behörde.

Wehrdienstleistende (§ 2 ArbPlSchG): Ausschluss einer (ordentlichen) Kündigung ab Zugang des Einberufungsbescheides

32. Eine Befristung kann aus sachlichem Grund erfolgen (§ 14 Abs. 1 TzBefrG). Ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes kann eine Befristung in maximal drei aufeinanderfolgenden Verträgen auf maximal eine Gesamtdauer von zwei Jahren erfolgen (§ 14 Abs. 2 TzBefrG).

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 10: Titel: E-commerce: Vertragsschluss via Internet inklusive EG-Richtlinien, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Signaturgesetz (2001)

Referent : Prof. Dr. Josef Scherer

Sendetermin: 30.05.2001

Skriptum:

- Gliederung -

I. Einleitung: E-Commerce und Rechtsentwicklung

II. Materielle Rechtsprobleme bei Internet-Verträgen

- 1. Welches Recht ist anwendbar*
- 2. Vertragsarten bei Online-Verträgen*
- 3. Vertragsschluss und Zugang bei elektronischen Willenserklärungen*
- 4. Unwirksamkeitsgründe*
- 5. Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*
- 6. Anwendbarkeit besonderer Verbraucherschutzgesetze*
- 7. Erbringung der Leistung und Leistungsstörungen*
- 8. Bezahlung im Internet*

III. Prozessuale Fragen

- 1. Welches Gericht ist international und örtlich zuständig?*
- 2. Weitere prozessuale Fragen*

IV. Zusammenfassung und Ausblick

V. Kontrollfragen

VI. Antworten

I. Einleitung: E-Commerce und Rechtsentwicklung

Literaturhinweis:

Scherer/Butt, DB 2000, S. 1009 ff., Rechtsprobleme bei Vertragsschluss via Internet

Meents: „Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet“, CR 9/2000, S. 610 – 614;

Micklitz: „Fernabsatz und E-Commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“, EuZW 5/2001, S. 133 – 143;



Geradezu explosionsartig hat sich das Medium Internet in den letzten fünf Jahren verbreitet und begonnen, die Strukturen des Wirtschaftslebens nachhaltig zu verändern. Die mehr als 200 Mio. Nutzer weltweit schließen immer mehr Rechtsgeschäfte, von der Inanspruchnahme von Online-Suchdiensten über den Warenkauf und Hotelreservierungen bis zur ärztlichen oder juristischen Beratung, im Internet. Es gibt Marktforschungsergebnisse, die davon ausgehen, dass in Europa in den nächsten fünf Jahren der Umsatz des Online Shopping von 7.6 Milliarden Euro auf 64.4 Milliarden Euro und die Zahl der Nutzer von 20.4 auf 85 Millionen anwachsen wird. Damit diese Entwicklung nicht durch rechtliche Risiken und Hindernisse negativ beeinträchtigt wird, muss die Rechtsentwicklung Lösungen für neu auftretende Probleme finden. Nur wenn Benutzer und Anbieter ein gewisses Maß an Rechtssicherheit haben, kann sich der Handel im Internet dauerhaft positiv entwickeln.

Grundsätzlich sind **zwei Arten von Geschäften** zu unterscheiden:

Zum einen die, bei denen **nur der Vertragsschluss online** stattfindet, die Abwicklung jedoch nicht über das Internet, sondern durch Lieferung, Übersendung per Post oder sonstige Ausführung (zum Teil als „**Offline-Geschäfte**“ bezeichnet). Das Internet ist dabei nur ein Mittel zum Vertragsschluss, ebenso wie das Telefon oder Fax.

Zum anderen gibt es die Online-Geschäfte im engeren Sinne, bei denen **auch die Erbringung der Leistung im Internet** stattfindet. Sie sind beim Warenkauf nur möglich, wenn der Kaufgegenstand digitalisierbar ist, wie etwa Software oder Musikdateien. Weiter verbreitet sind Online-Geschäfte daher im Bereich der Dienstleistungen, wie dem Zugang zu Datenbanken oder Videos

und dem Internet-Telefonieren. Ferner muss danach unterschieden werden, ob es sich um einen Vertrag zwischen zwei Internet-Anbietern, einem Anbieter und einem Benutzer (user) oder zwei Usern handelt. Eine weitere Differenzierung mit rechtlichen Konsequenzen ist hinsichtlich der Frage, ob auf beiden Seiten des Vertrages Unternehmer (B2B - Business To Business) stehen, oder Unternehmer mit Verbrauchern (B2C – Business To Consumer) Geschäfte abschließen. Aus diesen Grundkonstellationen ergeben sich viele verschiedene Kombinationsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Rechtsproblemen.

Neben zivil- und handelsrechtlichen Fragen entstehen durch den schnellen, ungehinderten und teilweise anonymen Datenaustausch im Web **Probleme** auf dem Gebiet des Wettbewerbs- und Urheberrechts, des Steuerrechts, des Datenschutzrechts und des Strafrechts, sowie der prozessualen Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Vertragspartner. Da das Internet keine Grenzen kennt, haben Internet-Geschäfte sehr oft auch einen internationalen Bezug und werfen dadurch erneut komplexe Fragen auf.

Europäische Harmonisierungsmaßnahmen

Im Hinblick auf die Bedeutung des elektronischen Geschäftsverkehrs für das Funktionieren und die Weiterentwicklung des Binnenmarktes sowie das Wirtschaftswachstum in Europa, ist auch die Europäische Union tätig geworden. Der erste Vorschlag für eine **E-Commerce-Richtlinie** wurde von der Europäischen Kommission am 18.11.1998 angenommen. Nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 29.04.1999 prüften die zuständigen Ausschüsse des Parlamentes den Vorschlag. Bereits am 06.05.1999 nahm das Parlament seine Stellungnahme an und billigte den Kommissionsvorschlag vorbehaltlich der von ihm vorgeschlagenen Änderungen, die vorwiegend technischer Natur waren. Nach teilweiser Übernahme der Änderungsvorschläge durch die Kommission legte der Rat am 07.12.1999 den Gemeinsamen Standpunkt fest und leitete den Vorschlag dem Europäischen Parlament zur zweiten Lesung zu. Am 17.07.2000 trat die Richtlinie in Kraft und ist bis Januar 2002 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen.

Zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie sowie auch der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Gebrauchsgüterkaufs

und der Garantien für Verbrauchsgüter (Abl. EG Nr. L 171, S. 12 ff.), der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr (Abl. EG Nr. L 200, S. 35 ff.) hat das Bundesministerium der Justiz am 4.8.2000 den Kommissionsentwurf eines **Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes**, das zum 1.1.2002 in Kraft treten soll, verabschiedet.

Die hier relevanten Vorschriften über Verträge (Art. 9 - 11) der E-Commerce-Richtlinie, des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und des neuen Signaturgesetzes werden daher nachfolgend mit dargestellt.

Die **E-Commerce-Richtlinie** enthält Regelungen zur Niederlassungs- und Zulassungsfreiheit, über allgemeine Informationspflichten der Anbieter, kommerzielle Kommunikation, die Verantwortlichkeit von Vermittlern und einen Rahmen zur Umsetzung der Vorschriften durch Verhaltenskodizes und Möglichkeiten der (außer-) gerichtlichen Streitbeilegung. Damit schafft sie ein Minimum an Rechtssicherheit im E-Commerce in der Europäischen Union.

Weiterhin ist die **Fernabsatzrichtlinie** von großer Bedeutung für den elektronischen Geschäftsverkehr (dazu unten, II. 3.) sowie das kurz vor der Verabschiedung (Stand: Ende März 2001) stehende **neue Signaturgesetz 2001** (in Ablösung des Singnaturgesetzes von 1997), welches die Ziele der **Signatur – Richtlinie** der EG in nationales Recht umwandelt.

Die im **Signaturgesetz** vorgesehene **Sicherheitsinfrastruktur für qualifizierte elektronische Signaturen** ermöglicht es, im elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr den Urheber und die Integrität von Daten zuverlässig festzustellen. Dies ist die notwendige Voraussetzung dafür, dass die elektronische Signatur ein Substitut zur handschriftlichen Unterschrift darstellen und hierdurch eine entsprechende Rechtswirkung entfalten kann.

Die Regelung der Rechtswirkung qualifizierter elektronischer Signaturen ist Gegenstand des am 15.03.2001 in der 158. Lesung des Plenums des Deutschen Bundestags angenommenen **Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts** an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr.



Die auf das Medium „Papier“ fixierten Formvorschriften des BGB trugen den Entwicklungen des modernen Rechtsgeschäftsverkehrs nicht ausreichend Rechnung.

So können geschäftliche Erklärungen, die dem gesetzlichen oder vereinbarten Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift unterliegen, zwar auf dem Computer erstellt, aber nicht direkt auf telekommunikativem Wege übermittelt werden.

Die entsprechenden privatrechtlichen Vorschriften bedurften daher der **Anpassung** insbesondere an die Entwicklung im Bereiche der Informations- und Kommunikationstechnologien unter Berücksichtigung der Anforderungen, die sich aus den einschlägigen EG-Richtlinien ergaben. Durch die besagten Neuregelungen werden im Allgemeinen Teil des BGB **zwei neue Formvorschriften (§§ 126a und 126b BGB)** eingeführt.

Zum einen wird als **Option zur „Schriftform“** eine „**Elektronische Form**“

ermöglicht, die als Substitut für die eigenhändige Unterschrift die elektronische Signierung des Dokuments erfordert. Dazu wird das



Dokument mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur nach dem neuen Signaturgesetz (2001)** versehen.

Zum anderen wird die „**Textform**“ als verkehrsfähige Form in den Allgemeinen Teil des BGB eingestellt, die den Rechtsgedanken der unterschriftslosen Erklärung aus bislang verstreuten Einzelvorschriften zusammenfasst. Die Textform, die in geeigneten Fällen die eigenhändige Unterschrift entbehrlich macht und somit den Rechtsverkehr vereinfachen kann, ist sowohl für die Übermittlung als herkömmliches Papierdokument als auch auf elektronischem Wege geeignet. Ergänzend eröffnen prozessrechtliche Vorschriften den Parteien und anderen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, Schriftsätze und Erklärungen als elektronische Dokumente einzureichen.

Übersicht: Wichtige neue Formvorschriften im BGB

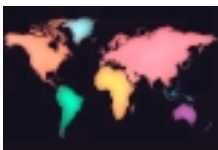
§ 126 (3): Die schriftliche Form kann durch elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.	§ 126a: (1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen. (2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.	§ 126b: Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung einem anderen gegenüber so abgegeben werden, dass sie in Schriftzeichen lesbar, die Person des Erklärenden angegeben und der Abschluss der Erklärung in geeigneter Weise erkennbar gemacht ist

II. Materielle Rechtsprobleme bei Internet-Verträgen

1. Welches Recht ist anwendbar?

Vorrangig vor den Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR), die bestimmen, welches Recht auf einen Sachverhalt mit internationalem Bezug anzuwenden ist, ist **internationales Einheitsrecht (*loi uniforme*)**. Beim elektronischen Geschäftsverkehr kommt insbesondere das **UN-Kaufrecht** in Betracht.

a) Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ?



Für grenzüberschreitende Kaufverträge ist das Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf als *loi uniforme* zu beachten.

Es findet auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien, die ihre **Niederlassung in verschiedenen Staaten** haben, Anwendung, **wenn diese Staaten Vertragsstaaten des Abkommens sind oder die Regeln des IPR (Internationales Privatrecht) zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen** (Art. 1 Abs.1 CISG).

Es findet nach Art. 3 Abs.1 CISG **auch auf Werk- und Werklieferungsverträge** Anwendung, **es sei denn**, der **Besteller** hat einen **wesentlichen Teil der zu verarbeitenden Stoffe selbst zur Verfügung gestellt**.

Es gilt **nicht für Verbraucherverträge**, da Art. 2 lit. a) CISG den Kauf von Ware zum persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt ausnimmt, es sei denn, dass der Verkäufer dies weder wusste noch wissen musste. Ebenso gilt es nicht für den immer wichtiger werdenden Bereich der Online-Versteigerungen, da Art. 2 lit. b) CISG Versteigerungen ausnimmt. Weitere Ausnahmen sind der Kauf aufgrund von Zwangsversteigerungen, der Kauf von Wertpapieren und Zahlungsmitteln, Schiffen und Luftfahrzeugen und elektrischer Energie (Art. 2 lit. c-f) CISG).

Da das UN-Kaufrecht auch **nicht für Dienstleistungen** gilt (Art. 3 Abs.2 CISG), ist es nach deutscher Rechtsauffassung wohl **auch nicht auf *information download*** anwendbar. Ob dies auch für das Herunterladen von Standardsoftware gilt, ist fraglich, da auf den Kauf von Standardsoftware normalerweise Kaufrecht anwendbar ist und dies von deutschen Gerichten zum Teil auch für Online-Übertragungen angenommen wurde, von britischen Gerichten jedoch nicht. Da es sich um internationales Einheitsrecht handelt, muss es an sich auch international einheitlich ausgelegt werden.

In jedem Fall kann das **UN-Kaufrecht** gemäß Art. 6 CISG ausdrücklich oder stillschweigend **ausgeschlossen** werden, falls dessen Anwendung von den Vertragsparteien nicht gewünscht ist. Ein stillschweigender Ausschluss kann darin liegen, dass die Parteien eine bestimmte Rechtsordnung für anwendbar erklären. Diese Rechtswahl muss jedoch nach IPR wirksam sein (dazu unten lit. b) und es gilt zu bedenken, dass das UN-Kaufrecht in den Vertragsstaaten auch innerstaatliches Recht ist und durch die Wahl der Rechtsordnung eines Vertragsstaats so doch wieder zur Anwendung kommen kann. Um es zweifelsfrei auszuschließen, empfiehlt sich in der Praxis ein ausdrücklicher Ausschluss.

b) Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem Internationalen Privatrecht

Kommt **kein *loi uniforme*** zur Anwendung, ist bei einem internationalen Bezug des Sachverhalts nach den **Regeln des IPR** zu bestimmen, welche Rechtsordnung Anwendung findet.

Für das Vertragsrecht gelten Art. 27 ff. EGBGB. Nach Art. 27 Abs.1 S.1 EGBGB gilt grundsätzlich das Prinzip der freien Rechtswahl durch die Vertragsparteien. Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus dem Vertrag ergeben. Sie kann auch nur für einen Teil des Vertrages getroffen werden.

Eine **ausdrückliche Rechtswahl** findet im elektronischen Geschäftsverkehr **selten** statt. Indizien für eine konkludente Rechtswahl können die Vereinbarung eines einheitlichen Gerichtsstandes, Erfüllungsortes, Schiedsgerichts, oder die Verwendung von Formularen, die auf einer bestimmten Rechtsordnung aufbauen, sein. Sie kann **auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)** einer Vertragspartei enthalten sein.

Ob die Rechtswahl wirksam ist, bestimmt sich nach dem Recht, das gewählt werden soll (Art. 27 Abs. 4 EGBGB i.V.m. Art. 31 Abs. 1 EGBGB) dies gilt auch für Rechtswahlklauseln in AGB. Allerdings kann sich der deutsche User wegen Art. 31 Abs. 2 EGBGB darauf berufen, dass er dem Vertrag nicht zustimmt, wenn durch die Einbeziehung der AGB des ausländischen Anbieters überraschenderweise ausländisches Recht zur Anwendung kommt. Außerdem gelten die Vorschriften des **deutschen AGB-Gesetzes auch bei Wahl einer fremden Rechtsordnung**, wenn der Vertrag aufgrund eines **öffentlichen Angebotes** oder einer **öffentlichen Werbung im Geltungsbereich des AGBG** zustande kommt und der **andere Vertragsteil** bei Vertragsschluss seinen **Wohnsitz** oder **gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Gesetzes hat** (§ 12 AGBG). Dies ist bei Verträgen, die aufgrund von Website-Angeboten zustande kommen regelmäßig der Fall, wenn der deutsche User seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat.

Zu beachten ist, dass bestimmte Teilfragen des Vertrages **Sonderanknüpfungen** unterliegen. So gilt hinsichtlich der **Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Parteien gemäß Art. 7 EGBGB** das **Recht der Staatsangehörigkeit**.

Dies kann im elektronischen Geschäftsverkehr von Bedeutung sein, da sich der Vertragspartner über seine schriftlichen Angaben hinaus nicht näher identifizieren lässt.

Für die **Form** von Rechtsgeschäften gilt Art. 11 EGBGB, wonach die Formwirksamkeit entweder nach dem Geschäftsrecht oder nach dem Ortsrecht ausreicht. Art. 11 Abs. 4 EGBGB bestimmt, dass für Verträge, die ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstückes zum Gegenstand haben, die zwingenden Vorschriften des Staates, in dem das Grundstück belegen ist, gelten. Da § 313 BGB keine zwingende Vorschrift in diesem Sinne ist, können schuldrechtliche Verträge über Grundstücke in Deutschland im Ausland, und somit auch durch einen Internet-User im Ausland, wirksam ohne Einhaltung der notariellen Form geschlossen werden, wenn das ausländische Recht dies zulässt. Die notarielle Auflassung ist allerdings zwingend, so dass eine Eigentumsübertragung ohne Notar nicht möglich ist.

Um Verbraucher vor der Anwendung fremden Rechts zu schützen, gilt für **Verbraucherverträge** gemäß Art. 29 EGBGB das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 und 2 EGBGB liegen bei Online-Vertragsschlüssen normalerweise vor, da die Website des Anbieters oder ein Angebot per e-mail als „ausdrückliches Angebot im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers“ anzusehen ist (Art. 29 Abs. 1 Nr.1 EGBGB), da sie jedenfalls dort empfangen wurde und der Verbraucher die in diesem Staat die erforderliche Rechtshandlung, nämlich seine elektronisch übermittelte Willenserklärung, vorgenommen hat. Für die **Form von Verbraucherverträgen** gilt gemäß Art. 29 Abs. 3 EGBGB das **Recht des Staates**, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für deutsche Verbraucher gilt daher bei **Verbraucher kreditgeschäften die Schriftform des § 4 Verbraucher kreditgesetz (VerbrKrG)**. Obwohl in § 4 Abs. 1 VerbrKrG eingefügt wurde, dass eine Unterzeichnung nicht erforderlich ist, ist umstritten, ob die Übermittlung durch das Internet der vorgeschriebenen Schriftform genügt. Nach der am 15.3.2001 vom Bundestag beschlossenen Gesetzesänderung soll der „Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ausgeschlossen sein.“ (§ 4 I 2 VerbrKrG n.F.), so dass sich hinsichtlich des genannten Rechtsproblems zur Schriftform nichts ändert.

Weitere **Einschränkungen des Grundsatzes der freien Rechtswahl** finden sich in Art. 27 Abs. 3 EGBGB, Art. 34 EGBGB und Art. 6 EGBGB. Nach Art. 27 Abs. 3 i.V.m. Art. 34 EGBGB ist bei einem **reinen Inlandsbezug** des Sachverhalts die Wahlmöglichkeit insoweit beschränkt, als dass **zwingendes deutsches Recht nicht ausgeschlossen** werden kann, so z. B. bei einem elektronischen Kauf durch einen deutschen User bei einem deutschen Anbieter. Unter zwingendem Recht i.S.v. Art. 34 EGBGB sind Eingriffsnormen wirtschafts- oder sozialpolitischen Gehalts, wie Ausfuhrverbote, Kartellbestimmungen zu verstehen. Der **ordre public-Vorbehalt** des Art. 6 EGBGB schützt vor der Anwendung fremden Rechts, wenn seine Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere mit den Grundrechten offensichtlich unvereinbar ist.

Wird **keine Rechtswahl** getroffen, unterliegt der Vertrag gemäß Art. 28 Abs. 1 EGBGB dem Recht des Staates, mit dem er die **engsten Verbindungen** aufweist. Dies ist nach der Regelvermutung des Absatzes 2 der Staat, in dem die Partei, die die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihre Hauptverwaltung hat.

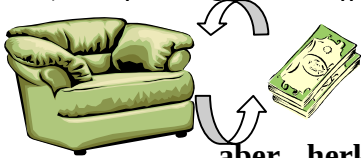
Bei **Online-Kaufverträgen und Dienstleistungen** wird dies **in der Regel der Sitz des Anbieters** sein, ebenso bei Werk- und Dienstverträgen. Aus der Gesamtheit der Umstände kann sich aber auch etwas anderes ergeben (Art. 28 Abs. 5 EGBGB). Problematisch wird es, wenn der Anbieter überhaupt keine Niederlassung im Sinne einer nach außen gerichteten Tätigkeit hat, sondern Verträge vollautomatisch über einen Server abgeschlossen werden, der sich in einem Drittstaat befindet. Ob die Benutzung eines Servers als Niederlassung angesehen werden kann, erscheint sehr fraglich, da der Standort des Servers sonst unbeachtlich sein soll.

Führt das **IPR zur Anwendung deutschen Rechts**, ist nach **deutschem materiellen Recht** weiter zu prüfen.

2. Vertragsarten bei Online-Verträgen (vergleiche hierzu schon Skript zur Folge 3 Schuldrecht)

Die **Einordnung** von Online-Verträgen unter die Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) bereitet häufig Schwierigkeiten. Maßgeblich für die Zuordnung sind die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Vertrag ergeben. Wegen der vielen verschiedenen Möglichkeiten der Leistungen im Internet kann hier nur ein grober Überblick gegeben werden. In der Praxis muss im Einzelfall unter Betrachtung der gesamten Umstände des Vertrages und der technischen Zusammenhänge eine Analyse vorgenommen werden.

a) Kaufvertrag, §§ 433 ff. BGB



Unproblematisch ist die Zuordnung als **Kaufvertrag**, wenn **lediglich der Vertragsschluss im Internet stattgefunden** hat, die **Abwicklung aber herkömmlich** erfolgt, wie bei der Online-Bestellung von Büchern, Tonträgern, Kleidung etc.. **Auch das Herunterladen von Standardsoftware** gegen **Entgelt** wird überwiegend als **Kauf** qualifiziert, wenn es sich um eine zeitlich unbegrenzte Nutzungsüberlassung gegen eine einmalige Vergütung handelt. Die automatische Übergabe der Datei steht dem nicht entgegen, da nach herrschender Auffassung durch die Übertragung eine neue Sache entsteht, über die Herrschaft in gleicher Weise ausgeübt werden kann, wie bei der Zusendung einer Diskette oder CD-Rom.

b) Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB und Werkvertrag §§ 631 ff. BGB

Kennzeichnend für den **Dienstvertrag** ist, dass ein **bloßes Tätigwerden** geschuldet wird, während der durch **Werkvertrag** Verpflichtete einen bestimmten **Erfolg** leisten muss.

Das Anbieten eines Internetzugangs wird daher teilweise als Dienstvertrag angesehen, da der Access Provider verpflichtet ist, eine Verbindung zum Internet herzustellen und aufrechtzuerhalten, aber keine Kontrolle über das Netz hat. Nach anderer Auffassung ist für den Nutzer entscheidend, dass der Zugang gelingt, daher soll es sich um einen Werkvertrag handeln. Die Übermittlung von E-mails ist als Werkvertrag einzuordnen, da hier die Übermittlung als Erfolg geschuldet ist. Die Erreichbarkeit des Empfängers allerdings kann nicht darunter fallen, da diese ausserhalb der Möglichkeiten des Verpflichteten steht. Der entgeltliche Zugang zu Datenbanken, Videos etc.

ist als Werkvertrag einzustufen, da als Erfolg der tatsächliche Zugang geschuldet wird. Auch das Herunterladen einer bestimmten Datei oder die gezielte z. B. stichwortgesteuerte entgeltliche Suche nach Informationen sind als Werkverträge anzusehen.

c) Mietvertrag, §§ 535 ff. BGB

Um einen **Mietvertrag** kann es sich handeln, wenn **Speicherplatz gegen Entgelt** zur Verfügung gestellt wird, z. B. für Homepages oder beim sog. Uploading, wenn Daten vom Nutzerrechner auf den Server-Rechner des Anbieters „heraufgeladen“ werden und eine zeitweilige im Umfang bestimmte Sachherrschaft über Rechnerteile gewährt wird.

Die **Erstellung** einer kompletten Homepage wäre dagegen wiederum als **Werkvertrag** anzusehen, da der Erfolg der Erstellung im Vordergrund steht, die laufende Beratung bezüglich der Aktualisierung als Dienstvertrag.

d) Leihe, §§ 598 ff. BGB, Schenkung §§ 516 ff., Gefälligkeitsverhältnis

Bei **unentgeltlicher Überlassung** von Information kann es sich um einen **Leihvertrag** handeln, wenn die **zeitliche Nutzung** begrenzt ist, ansonsten um eine Schenkung oder ein Gefälligkeitsverhältnis. Liegt ein Schenkungs- oder ein Leihvertrag vor, so haftet der Anbieter aus Vertrag (§ 521 und § 599 BGB bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit), wenn durch das Herunterladen ein Schaden beim User entsteht, ansonsten nur aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB).

e) Typenkombinationsverträge und Verträge sui generis

Häufig wird eine Zuordnung zu einem im BGB geregelten Vertragstypus nicht möglich sein, sondern entweder eine Mischform oder ein Vertrag eigener Art bestehen. Dies ist wegen der Vertragsautonomie im deutschen Privatrecht unproblematisch möglich.

Bei gemischttypischen Verträgen, wie denen mit geschlossenen Online-Diensten wie T-Online oder AOL, die Internet-Zugang, E-mail, Inhalte und weitere Dienste anbieten, müssen dann für jede einzelne Leistung die passenden Vorschriften des BGB angewendet werden. Auch die Überlassung von Werbeflächen (banners) auf Webseiten soll ein gemischter Vertrag aus Miete (entgeltliche Überlassung der Fläche) und Werkvertrag (Erstellung und Repräsentation der Werbeeinhalte) sein. Bei Verträgen sui generis müssen Rechte und Pflichten allein aus dem Vertrag

selbst entnommen werden. Es empfiehlt sich daher unter Umständen, möglichst genaue Regelungen zu vereinbaren.

3. Vertragsschluss und Zugang bei elektronischen Willenserklärungen

a) Vertragsschluss



Ein Vertrag kommt durch **zwei übereinstimmende Willenserklärungen** rechts- und geschäftsfähiger Rechtssubjekte zustande.

Willenserklärungen per E-mail oder Mausklick sind heute unstreitig als Erklärungen menschlichen Willens anerkannt. Die gilt nach herrschender Auffassung nicht nur, wenn der Computer lediglich zur technischen Übermittlung eingesetzt wird, sondern auch, wenn automatisierte Erklärungen abgegeben werden, die aufgrund einer entsprechenden Programmierung selbständig durch den Rechner erstellt und übermittelt werden. Da der Computer nur das ausführen kann, was durch menschlichen Willen einprogrammiert worden ist, wird der Wille zur Abgabe der Erklärung in der Programmierung gesehen.

Wann ein **Angebot** zum Vertragsschluss im Sinne von § 145 BGB und dessen **Annahme** gemäß § 147 BGB vorliegen, muss auch bei Internet-Geschäften im Einzelfall festgestellt werden. Ob das Anbieten von Leistungen auf einer Website schon ein Angebot zu einem Vertrag oder nur eine **invitatio ad offerendum**, also eine Aufforderung, ein Angebot zu machen, zu verstehen ist, hängt davon ab, ob der User den Inhalt der Website nach Treu und Glauben so verstehen darf, dass der Anbieter ein rechtsverbindliches Angebot machen will oder nicht. Bei Warenofferten dürfte dies im Regelfall, ebenso wie bei Werbung, Schaufensterpräsentation und Warenauslagen in Geschäften nicht der Fall sein, da nach der Verkehrssitte davon ausgegangen werden muss, dass der Verkäufer sowohl seinen Warenbestand, als auch ggf. die Bonität des Kaufinteressenten erst überprüfen will. Anders sieht es bei Software oder Informationen aus Datenbanken aus, die zum Herunterladen gegen Entgelt angeboten werden. Hier muss der Verkäufer seinen Bestand nicht prüfen, weil die Leistungserbringung unbegrenzt möglich ist und die Bonität des Käufers

muss nicht geprüft werden, weil i.d.R. bereits die Kreditkartennummer eingegeben oder eine andere elektronische Zahlung erfolgt ist.

Anders wiederum mag es bei **E-mails** sein, die sich persönlich an einzelne Kunden richten. Hier wird es darauf ankommen, an wieviele Personen solche E-mails versendet wurden und ob der Eindruck vermittelt wurde, es werde ein konkretes verbindliches Angebot gemacht.

Da der **Vertragsschluss im Internet einer unter Abwesenden** ist - es sei denn, es findet eine interaktive Kommunikation in Realzeit statt, wie bei einer Videokonferenz oder einem Telefongespräch - kann gemäß § 147 Abs. 2 BGB die **Annahme** bis zu dem **Zeitpunkt** erfolgen, in welchem der Antragende den Eingang der **Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten** darf.



Diese Frist setzt sich zusammen aus der Zeit für die Übermittlung des Antrags an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie aus der Zeit für die Übermittlung der Antwort an den Antragenden. Da die Übermittlungszeit via Internet nur wenige Sekunden oder Minuten benötigt, verkürzt sich diese Frist gegenüber der herkömmlichen enorm. Während in der Rechtsprechung für Telexe noch vier Tage als ausreichend angesehen werden, kann bei Internet-Verträgen je nach den Umständen schon eine Annahme am nächsten Tag verspätet sein.

b) Zugang

Angebot und Annahme müssen dem Erklärungsgegner auch **zugehen**, was unter Abwesenden dann der Fall ist, wenn sie so in den **Machtbereich** des anderen gelangt sind, dass mit der **Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Umständen gerechnet** werden kann.

Bei direkten elektronischen Übermittlungen gelangt die Erklärung mit Passieren der Schnittstelle der Anlage des Empfängers in dessen Machtbereich. **Technisch** besteht die Möglichkeit der Kenntnisnahme rund um die Uhr. Bei **vollautomatischer Arbeitsweise** wird daher auch der Zugang **sofort** anzunehmen und nicht auf die üblichen Geschäftszeiten zu reduzieren sein. Sind **Personen** in die Abwicklung der Rechtsgeschäfte eingeschaltet, wird man den Zugang während der **üblichen Geschäftszeiten** annehmen, bei Absendung Freitag spät abends also erst Montag morgens. Während der üblichen Geschäftszeiten besteht für Kaufleute die Pflicht, regelmäßig in

ihre Mailbox zu sehen, da Nachrichten jederzeit eintreffen können. Spätestens mit Geschäftsschluss wird man daher den Zugang bei Geschäftsleuten annehmen müssen.

Für **Privatleute** ist wohl, wie beim Briefkasten, anzunehmen, dass eine **einmalige** Kontrolle jeden Tag erwartet werden kann, daher geht ihnen die Erklärung spätestens am nächsten Tag zu. Wird die Erklärung über Dritte abgegeben, etwa über Provider, die die Nachricht zum Abruf bereithalten, ist für den Zugang erforderlich, dass die Erklärung auf dem Rechner des Providers gespeichert ist und für den Empfänger abrufbar ist. Bis zum Zugang trägt der Absender das Verlustrisiko, danach der Empfänger, der für das ordnungsgemäße Funktionieren seiner Hard- und Software verantwortlich ist.

c) Anforderungen der E-Commerce-Richtlinie an den Vertragsschluss

Nach **Art. 10 der E-Commerce-Richtlinie** müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass zusätzlich zu den sonstigen Informationspflichten aufgrund des Gemeinschaftsrechts (wie etwa aus der Fernabsatzrichtlinie, vgl. unten) vom Diensteanbieter **mindestens folgende Informationen** klar, verständlich und unzweideutig erteilt werden, bevor der Nutzer die Bestellung abgibt:

- die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen
- Angaben dazu, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss vom Diensteanbieter gespeichert wird und ob er zugänglich sein wird
- die technischen Mittel zur Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern vor Abgabe der Bestellung
- die für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen

Etwas anderes können nach Art. 10 der E-Commerce-Richtlinie die Parteien nur vereinbaren, wenn keine von ihnen Verbraucher ist.

Ferner sollen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Anbieter die **Verhaltenskodizes** angeben, denen sie sich unterwerfen (Abs. 2). Beide Absätze gelten nicht für individuelle Kommunikation, etwa durch E-Mail. Schließlich bestimmt Art. 10 Abs. 3, dass die Vertragsbestimmungen und die AGB so zur Verfügung gestellt werden müssen, dass der Nutzer sie speichern und reproduzieren kann.

Artikel 11 der E-Commerce-Richtlinie verlangt von den Mitgliedsstaaten, sicherzustellen, dass - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Personen, die nicht Verbraucher sind - hinsichtlich des Vertragsschlusses **bestimmte Grundsätze** gelten, nämlich, dass der Diensteanbieter den Eingang der Bestellung des Nutzers unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen hat und dass Bestellung und Empfangsbestätigung als eingegangen gelten, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie abrufen können. Der Vertragsschluss liegt damit zu diesem Zeitpunkt vor. Ferner müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass der Diensteanbieter dem Nutzer angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellt, mit denen er Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann.

Die Richtlinie weicht damit erheblich von dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission ab, der eine doppelte Bestätigung vorsah. Danach sollte der Vertrag erst als geschlossen gelten, wenn der Nutzer den Eingang der Empfangsbestätigung des Anbieters bestätigt hat.

4. Unwirksamkeitsgründe

a) Allgemeine Schriftformerfordernisse i. S. d. § 126 BGB

Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) genügen **elektronische** oder **elektronisch übermittelte Willenserklärungen nicht dem Schriftformerfordernis** des § 126 BGB, weil sie **keine „Urkunden“** im Sinne der Vorschrift darstellen und dem Erfordernis der eigenhändigen Unterzeichnung nicht nachgekommen werden kann. Eine eigenhändige Unterschrift liegt nämlich auch dann nicht vor, wenn sie von Papier eingescannt wird oder mittels eines Notepads in die Textdatei übertragen wird. Verlangt das BGB für bestimmte Rechtsgeschäfte die Schriftform, wie für Bürgschaften (§ 766 BGB), Quittungen (§ 368 BGB), Kündigungen von Mietverhältnissen über Wohnraum (§ 564 a BGB) sowie seit 01.05.2000 auch bei Kündigungen von Arbeitsverhältnissen, ist es bei Übermittlung durch das Internet wegen Nichteinhaltung des § 126 BGB gemäß § 125 BGB nichtig und zeitigt keine Wirkung. Dies stellt ein nicht unbedeutendes Hindernis für die Entwicklung des E-Commerce dar.

Artikel 9 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie verlangt daher auch, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ihr Rechtssystem den Abschluss von Verträgen auf elektronischen Wege ermöglicht und insbesondere dafür sorgen, dass die geltenden Rechtsvorschriften weder Hindernisse für die Verwendung elektronischer Verträge bilden, noch dazu führen, dass sie wegen des elektronischen Vertragsschlusses keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben. Diesem Ziel ist die Bundesregierung mit dem **oben genannten Signaturgesetz** und insbesondere mit der **Einführung der neuen Formvorschriften** (§§ 126 III, 126a, 126b, 127 BGB n.F.) **nachgekommen** (s.o.).

Lediglich Verträge, die Rechte an Immobilien mit Ausnahme von Mietrechten begründen oder übertragen, Verträge, bei denen die Mitwirkung von Gerichten, Behörden oder öffentliche Befugnisse ausübenden Berufen gesetzlich vorgeschrieben ist, Bürgschaftsverträge und andere Verträge über Sicherheiten von Privatpersonen sowie Verträge im Bereich des Familien- und des Erbrechts können von den Mitgliedstaaten ausgenommen werden (Art. 9 Abs. 2 E-Commerce-Richtlinie). So wird etwa auch nach der neuen Gesetzeslage eine Bürgschaft ausdrücklich nicht durch „elektronische Form“ wirksam abgeschlossen werden können.

b) Weitere Unwirksamkeitsgründe



Keine besonderen Probleme stellen sich bei anderen Unwirksamkeitsgründen, wie der **Anfechtung** von Willenserklärungen. Die bekannten Grundsätze des Anfechtungsrechts können auf das Internet übertragen werden. So können Übermittlungsfehler nach § 120 BGB angefochten werden, Eingabefehler nach § 119 Abs. 1 BGB als Erklärungsirrtum.

Verbotene Geschäfte sind natürlich auch im Internet unwirksam (§ 134 BGB), ebenso wie sittenwidrige. Der Maßstab der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB ist natürlich dem steten gesellschaftlichen Wandel unterworfen und lockert sich nicht zuletzt durch die überall präsenten Angebote der Medien im Bereich der Sexualität. So hat das OLG Köln 1998 bzgl. sexueller Kommunikation über Bildschirmtext entschieden, sie sei nicht als sittenwidrig einzustufen, da sie mit Telefonsex oder entgeltlichen realen sexuellen Diensten nicht zu vergleichen sei. Dies gilt wohl auch für entsprechende Angebote im Internet, soweit sie nicht strafrechtlich relevant sind.

Das **Minderjährigenrecht** der §§ 104 ff. BGB gilt auch im Internet, selbst wenn der Vertragspartner nicht erkennen kann, ob der Nutzer (beschränkt) geschäftsfähig ist. Der Minderjährigenschutz geht dem Verkehrsschutz in jedem Fall vor. Gegebenenfalls ergibt sich eine vertragliche



Haftung desjenigen, der den Computer samt Zugriffsmöglichkeit auf E-Mail und Internet einem Minderjährigen überlassen hat, aus einer sog. Anscheinsvollmacht, wenn der Minderjährige im Namen des Computerinhabers Rechtsgeschäfte tätigt.

5. Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (vgl. auch Skriptum zu Folge 3, Schuldrecht)

Allgemeine Geschäftsbedingungen, also vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Partei der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt, kommen gemäß § 2 AGBG gegenüber Personen, die nicht Unternehmer sind, nur dann zur Geltung, wenn sie in den **Vertrag einbezogen** werden, indem der Verwender ausdrücklich auf sie **hinweist und** der anderen Vertragspartei die **Möglichkeit** verschafft, in **zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis** zu nehmen und wenn der Vertragspartner mit ihrer Geltung **einverstanden** ist.

Im Internet ist ein ausdrücklicher Hinweis auf der Webseite unproblematisch möglich. Für die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt es, wenn ein **Link** angeboten wird, der zu einer Darstellung der AGB führt. Beides darf jedoch nicht an versteckter Stelle der Webseite erfolgen, sondern muss so angeordnet und gestaltet sein, dass dieser von einem Durchschnittskunden auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen werden kann. Eine Erwähnung im **Hauptmenü** einer Homepage soll **nicht genügen**, dagegen **sicherlich** der **ausdrückliche Hinweis unmittelbar vor dem Bestell-Icon**.

Insbesondere muss auch ein naher Zusammenhang zwischen der Seite, die zum Vertragsschluss führt, also beispielsweise des Bestellformulars, und der AGB-Seite bestehen.

Ferner müssen die AGB für einen Durchschnittskunden **müheles lesbar** sein und einen im Verhältnis zur Bedeutung des Geschäfts **vertretbaren Umfang** haben. Für das Medium des Bildschirmtextes wurde in der Rechtsprechung vertreten, dass eine zumutbare Kenntnisnahmemöglichkeit nur dann besteht, wenn es sich um relativ kurze Texte handelt, die klar gegliedert sind

und sich mühelos abrufen lassen. 7 Seiten mit 15 Ziffern wurden im konkreten Fall noch für zumutbar gehalten.

Auch müssen sie in einer für den Kunden **verständlichen Sprache** abgefasst sein. Dabei können wegen der großen Verbreitung des Englischen, insbesondere im Internet, wohl auch AGB in englischer Sprache einbezogen werden. Dies gilt zumindest dann, wenn der Vertragspartner auch den Vertragsschluss auf Englisch getätigt hat und die AGB kurz sind und in leicht verständlicher Sprache abgefasst sind.

Gegenüber Unternehmern (gewerblich oder selbständig beruflich Tätige) gelten die strengen Maßstäbe des § 2 AGBG gemäß § 24 AGBG nicht, da sie aufgrund ihrer Erfahrung im kaufmännischen Verkehr weniger schutzwürdig sind, als Verbraucher. Auch im kaufmännischen Verkehr muss aber ein Hinweis auf die AGB erfolgen und die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestehen.

6. Anwendbarkeit besonderer Verbraucherschutzgesetze

a) Keine Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes



Das **Haustürwiderrufgesetz** (HausTWG) findet im elektronischen Geschäftsverkehr in der Regel **keine Anwendung**, weil ein Überraschungseffekt, wie er bei Haustürgeschäften vorkommt, im Internet an sich nicht denkbar ist. Aufgrund der Anonymität und der Möglichkeit, die Webseite jederzeit zu verlassen, besteht keine ähnliche Zwangssituation wie bei einem persönlichen Gespräch von Angesicht zu Angesicht. Etwas anderes kann allenfalls gelten, wenn in der Zukunft über das Internet auch Bildschirmtelefonate geführt werden. Herkömmliche Telefonate fallen zwar nicht unter „mündliche Verhandlungen“ am Arbeitsplatz oder in der Privatwohnung i. S. v. § 1 S. 1 Nr. 1 HausTWG, bei visueller Kommunikation fällt es jedoch dem Kunden unter Umständen schwerer, den ungebeten Anrufer abzuwimmeln.

b) Verbraucherkreditgesetz

Das **Verbraucherkreditgesetz** (VerbrKrG) **kommt zur Anwendung**, wenn jemand in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit an eine Person gewährt oder vermit-

telt, die diesen nicht für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit verwendet (§ 1 VerbrKrG).

Unter **Kreditverträge** fallen entgeltliche Darlehen, Zahlungsaufschübe oder sonstige Finanzierungshilfen, deren Nettokreditbetrag mindestens 400 DM beträgt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerbrKrG). Auch Leasingverträge sowie die häufig anzutreffenden Ratenzahlungsverträge fallen darunter.

Gemäß § 4 VerbrKrG bedarf ein solcher Kreditvertrag der **Schriftform**, anderenfalls ist er gemäß § 6 VerbrKrG unwirksam. Wie oben (4.) dargestellt, stellen elektronisch abgegebene Willenserklärungen keine Urkunden dar und erfüllen daher nicht das Schriftformerfordernis des § 126 BGB, **auch nach der neuen Gesetzeslage** ist die **elektronische Form ausdrücklich ausgeschlossen** (s.o.). Für die Erklärung des Kreditgebers genügt zwar gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 VerbrKrG eine automatische Erstellung ohne Unterschrift, der Kreditnehmer (Verbraucher) muss jedoch seine eigenhändig zu unterzeichnende Erklärung mit den obligatorischen Angaben des § 4 VerbrKrG auf herkömmlichem Weg übermitteln. Auch die Belehrung über das Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG muss unterschrieben werden, sonst beginnt die Widerrufsfrist von einer Woche nicht zu laufen. Dazu **genügt nach bisheriger Rechtsprechung eine digitale Signatur** nicht. Die Folge ist, dass der Verbraucher den Kreditvertrag bis zur beiderseitigen vollständigen Erbringung der Leistung (spätestens jedoch innerhalb eines Jahres) widerrufen kann (§ 7 Abs. 2 S. 2 VerbrKrG).

Das sog. Versandhandelsprivileg des § 8 VerbrKrG ist nach bisher herrschender Meinung nicht auf Angebote im Internet anwendbar. Danach ist die Schriftform des § 4 nicht erforderlich, wenn die Bestellung aufgrund eines Verkaufsprospekts mit bestimmten Angaben erfolgte und der Verbraucher diesen Prospekt eingehend zur Kenntnis nehmen konnte. Auch die Notwendigkeit der eigenhändig unterschriebenen Widerrufsbelehrung entfällt danach, wenn ein einwöchiges uneingeschränktes Rückgaberecht eingeräumt wird. Unter einem Verkaufsprospekt wird jedoch bisher nur ein Druckerzeugnis verstanden, welches dem Verbraucher dauerhaft zur Verfügung steht und das der Verkäufer einseitig nicht mehr ändern kann. Dies ist bei Webseiten nicht der Fall. Hinweis: Auf Verträge, die nach dem 1.10.2000 geschlossen wurden, findet das VerbrKrG ebenso wie u.U. das HaustWG in der mit Wirkung zum 1.10.2000 durch das Fernabsatzgesetz geänderten Form Anwendung.

c) *Fernabsatzrichtlinie und Fernabsatzgesetz*

Die **EG-Fernabsatzrichtlinie** 97/7/EG (hier abgekürzt: FARL), die bis 04.06.2000 in nationales Recht umzusetzen ist (was seitens der BRD zum 30.6.2000 überwiegend durch das **Fernabsatzgesetz** geschehen ist), hat das Ziel, die bereits erlassenen verschiedenen Verbraucherschutzgesetze im Bereich des Fernabsatzes zu **harmonisieren**, um den Verbraucher vor irreführenden und aggressiven Verkaufsmethoden im Fernabsatz zu schützen.

Sie umfasst alle Verträge, die im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems eines Lieferers mit einem Verbraucher geschlossen werden, soweit bis zum Abschluss des Vertrages ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet werden. Sie erfasst damit **sowohl im Internet geschlossene sog. Offline-Verträge**, wie **Online-Verträge im engeren Sinne**, aber auch Bestellungen per Telefon und Fax, Video-text, Pressewerbung mit Bestellschein und Katalogbestellungen. **Nicht** erfasst sind nach Art. 3 der Richtlinie **Homebanking, Finanzierungsdienstleistungen** (dafür gilt das VerbrKrG, siehe oben) sowie **Verträge über den Bau von Immobilien und Versteigerungen, Warenautomaten** und Verträge mit Abrechnung über das **öffentliche Telefonnetz**.

Der Unternehmer muss über seine Identität, die wesentlichen Eigenschaften der Ware bzw. der Dienstleistung, den Preis, die Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie das Bestehen des Rücktrittsrechts informieren (Art. 4 FARL) und spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung alle wesentlichen Informationen schriftlich oder auf einem dauerhaft verfügbaren Datenträger überlassen (Art. 5 FARL).

Innerhalb einer **Frist** von 7 Werktagen ab Eingang der Ware bzw. Vertragsschluss bei Dienstleistungen kann der Verbraucher ein **Rücktrittsrecht** ohne Angaben von Gründen ausüben (Art. 6 FARL). Ist **gegen die Informationspflichten** des Art. 5 FARL verstoßen worden, so **erlischt das Widerrufsrecht erst nach drei Monaten**.

Ausgeschlossen ist es bei speziell angefertigten Waren, sowie bei der Lieferung von Audio- und Videoaufzeichnungen oder Software, die vom Verbraucher entsiegelt worden ist sowie bei Zeitungen und Zeitschriften (Art. 6 Abs. 2 FARL) und Wett- und Lotteriedienstleistungen. Wird nichts anderes vereinbart, sollen Bestellungen des Verbrauchers spätestens nach 30 Tagen ausgeführt werden (Art. 7 FARL). Artikel 4, 5, 6 und 7 Abs. 1 gelten nicht für Verträge über Lebensmittel, Getränke und Haushaltsgegenstände des täglichen Lebens, die am Wohn-

sitz/Aufenthaltort des Verbrauchers im Rahmen von regelmäßigen Fahrten geliefert werden, also etwa die Online-Bestellung beim Pizza-Service.

7. Erbringung der Leistung und Leistungsstörungen

Wie schon erwähnt, erfolgt bei **Online-Verträgen im engeren Sinne** auch die vertragliche Erfüllung im Internet, etwa der Verkauf von Software oder der Zugang zu Datenbanken, im übrigen auf herkömmlichem Wege. Bei **Leistungsstörungen** sind in beiden Fällen die allgemeinen und besonderen



Regeln des **BGB** anzuwenden, je nach dem, welcher Typ von Vertrag vorliegt (vgl. oben 3.).

In diesem Rahmen kann darauf nicht näher eingegangen werden (vgl. Skriptum zum Schuldrecht Allgemeiner Teil – Folge 3 und insbesondere zum Gewährleistungsrecht, PVV und CIC im IT-Bereich Skriptum und Sendung Folge 11!).

Die europäischen Harmonisierungsbemühungen lassen das Bürgerliche Recht der Mitgliedstaaten insoweit unberührt. Artikel 18 der E-Commerce-Richtlinie sieht lediglich vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten es ermöglichen, dass **rasch** (vorläufige) Maßnahmen getroffen werden können, um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber hier Umsetzungsbedarf sieht oder das System des vorläufigen Rechtsschutzes der ZPO für ausreichend erachtet.

8. Bezahlung im Internet

Für die Abwicklung der Zahlung über das Internet gibt es im Wesentlichen **drei** verschiedene Möglichkeiten. Zum einen mittels **elektronischem Geld** (cyber/electronic cash/money), ein neues System, das derzeit erprobt wird und den Vorteil hat, dass es fälschungssicher ist und der Kunde genauso anonym bleiben kann, als wenn er Bargeld über den Ladentisch schiebt. Ferner besteht die Möglichkeit der Abwicklung über **digitale Rechnungssysteme**, also Kreditkarten und Einzugsermächtigungen direkt bei Vertragsschluss, sowie hinterher **per Homebanking**.

III. Prozessuale Fragen

Kommt es zum **Rechtsstreit** zwischen Anbietern und Nutzern, stellt sich die Frage nach der prozessualen Durchsetzbarkeit von Ansprüchen. Sind die Vertragsparteien in verschiedenen Staaten ansässig, ist zunächst zu klären, welches Gericht international zuständig ist.

1. Welches Gericht ist international und örtlich zuständig?

Richten sich Ansprüche gegen Personen oder Unternehmen, die ihren **Wohnsitz** bzw. ihren Unternehmenssitz **innerhalb der EU-Staaten** haben, so gilt das **Brüsseler EWG-Übereinkommen** über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968 (EuGVÜ), für die **Schweiz und Norwegen** gilt das weitgehend parallele **Luganer Abkommen** über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.09.1988 (Lugano-Abkommen, LugÜ).



Nach Art. 2 EuGVÜ/LugÜ kann grundsätzlich **jede Person**, die ihren **Wohnsitz** in einem Vertragsstaat hat, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates **verklagt werden** (allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes).

Für vertragsrechtliche Streitigkeiten im E-Commerce kommen aber daneben **auch besondere Gerichtsstände** in Betracht. Zum einen Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ, wonach eine Person auch in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden kann, wenn der **Erfüllungsort** des Vertrages in einem anderen Vertragsstaat liegt. Wo der Erfüllungsort liegt, bestimmt sich nach dem Vertragsrecht des Staates, das nach dem IPR des Gerichtsstaates zur Anwendung kommt.

Ferner kann es sich häufig um eine **Verbrauchersache** gemäß Art. 13 EuGVÜ/LugÜ handeln. Zur Verbrauchereigenschaft muss dabei noch **dazu** kommen, dass es sich um einen Kauf **beweglicher Sachen auf Teilzahlung** handelt (Nr. 1), oder ein in **Raten zu tilgendes Darlehen** oder **anderes Kreditgeschäft**, das der Finanzierung eines Kaufes dient (Nr. 2) oder andere Verträge, die die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, wenn dem Vertragsabschluss im Wohnsitzstaat des Verbrauchers eine ausdrückliches Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und der Verbraucher im Wohnsitzstaat den Vertrag

geschlossen hat (Nr. 3). In diesen Fällen kann ein Verbraucher **nur** vor den Gerichten **seines Wohnsitzstaates** verklagt werden, der Verbraucher selbst kann seinen Vertragspartner wahlweise vor den Gerichten des Vertragsstaates oder seinem Wohnsitzstaat verklagen (Art. 14 EuGVÜ/LugÜ).

Ferner kann unter den Voraussetzungen des Art. 17 EuGVÜ/LugÜ auch eine **Vereinbarung** über die **internationale Zuständigkeit** getroffen werden. Da diese **schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung getroffen** werden muss (Art. 17 Abs. 1 S. 2 lit. a), stellt sich hier wieder die Problematik, ob eine elektronische Form ausreicht (vgl. oben). Nach bisheriger deutscher Auffassung dürfte dies zu verneinen sein. Es empfiehlt sich daher, wenn eine Gerichtsstandsvereinbarung gewollt ist, ein herkömmlicher Schriftwechsel. Für Vereinbarungen mit Verbrauchern gilt zusätzlich Art. 15 EuGVÜ/LugÜ.

Eine Änderung des EuGVÜ und des LugÜ ist geplant. Für Online-Anbieter bringt der Entwurf insofern eine entscheidende Änderung, als dass danach zukünftig der besondere Gerichtsstand für Verbraucher auch dann zur Anwendung kommt, wenn eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit auf irgendeinem Wege auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet ist. Es muss also in den Fällen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ nicht mehr eine ausdrückliches Angebot an den Verbraucher ergangen sein. Online-Anbieter aus aller Welt müssen daher damit rechnen, überall im Europäischen Wirtschaftsraum von einem Verbraucher verklagt werden zu können.

Die örtliche Zuständigkeit folgt der internationalen nach, d. h., die Gerichtsstände der ZPO kommen zur Anwendung, wenn die deutschen Gerichte international zuständig sind.

2. Weitere prozessuale Fragen

Ein **Urkundenprozess** gemäß §§ 415 ff. ZPO kann mangels Urkundenqualität elektronischer Willenserklärungen nicht geführt werden. Sie können im Prozess auch nur als Augenscheinsbeweis gemäß §§ 371 ff. ZPO Eingang finden. Daran ändert auch die elektronische Signatur nichts. Durch sie wird jedoch ein hohes Maß an Beweiskraft hinsichtlich des Ausstellers der Willenser-

klärung und der Unverfälschtheit des Inhalts erzeugt. Im übrigen ergeben sich keine Besonderheiten im Prozess.

IV. Zusammenfassung und Ausblick



Solange noch kaum spezielle Vorschriften und höchstrichterliche Rechtsprechung für den elektronischen Geschäftsverkehr existieren, muss das bestehende Zivil- und Handelsrecht sachgemäß angewendet werden. Die meisten Probleme im vertragsrechtlichen Bereich lassen sich mit den Vorschriften des mehr als hundert Jahre alten, aber eben gut durchdachten Bürgerlichen Gesetzbuches und einer Übertragung der dazu ergangenen Rechtsprechung lösen, so die Fragen des Vertragsschlusses, der Vertragsarten oder der Leistungsstörungen. Ein zunehmendes Maß an Rechtssicherheit für Verbraucher und andere Nutzer, die Rechtsgeschäfte im Internet tätigen sowie für die Anbieter entsteht gegenwärtig durch die neu in Kraft getretenen EG-Richtlinien, sowie die dargestellten Umsetzungen ins nationale Recht (insbesondere FernabsatzG, SignaturG und SchuldrechtsmodernisierungG). Dabei ist jedoch tendenziell die Gefahr erkennbar, dass zum Schutze der Verbraucher die Anbieter mit Pflichten belastet werden, die kleinere Anbieter überfordern und den E-Commerce für sie zu risikoreich machen könnten. In der Praxis muss die internationale Zusammenarbeit in Prozess- und Vollstreckungsangelegenheiten effizienter werden, um dem Anspruch auf Rechtsgewährung auch dann gerecht zu werden, wenn Kläger und Beklagter aus verschiedenen Teilen der Welt kommen. An den Kommunikationsmöglichkeiten dürfte dies in der Zukunft nicht mehr scheitern. Nur müssen die Staaten auch wirklich bereit und faktisch in der Lage sein, schnelle und effektive Rechtshilfe zu leisten.



V. Kontrollfragen

Frage 1:

Welche zwei Arten von Online – Geschäftsabschlüssen können grob unterschieden werden?

Frage 2:

Warum ist die Anwendbarkeit des deutschen BGB im Internet-Recht problematisch?

Frage 3:

Angenommen das BGB ist anwendbar, welche Paragraphen des BGB sind auf die Online-Bestellung von Büchern beziehungsweise auf das entgeltliche downloaden von Standardsoftware anwendbar?

Frage 4:

Um welchen Vertrag handelt es sich, wenn Speicherplatz gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wird, beispielsweise für Homepages?

Frage 5:

Wie kommt ein Vertrag zu Stande? Gilt dies auch für den Fall, dass ein Computer zur technischen Übermittlung eingesetzt wird?

Frage 6:

Wann ist bei einem Angebot per E-mail gegenüber einer Privatperson „Zugang“ iSd. § 130 I BGB gegeben?

Frage 7:

Genügt die elektronische Übermittlung einer Willenserklärung dem Schriftformerfordernis des § 126 BGB? Welche neuen Formvorschriften gibt es im BGB, die den modernen Anforderungen gerecht werden?



VI. Antworten

Antwort 1:

- Zum einen Verträge, bei denen nur der Vertragsschluss online stattfindet, die Abwicklung jedoch nicht über das Internet, sondern durch Lieferung, Übersendung per Post oder sonstige Ausführung erfolgt („Offline-Geschäfte“)
- Zum anderen: „Online-Geschäfte im engeren Sinne“, bei denen auch die Erbringung der Leistung im Internet stattfindet.

Antwort 2:

Häufig weisen Rechtsgeschäfte über das Internet Auslandsbezug auf. Insofern ist primär UN-Kaufrecht zu prüfen, sekundär ist über die Regeln des IPR das anwendbare nationale Recht zu bestimmen. Nur wenn diese Prüfung die Einschlägigkeit des deutschen Rechts ergibt, ist das BGB anwendbar.

Antwort 3:

Die Regeln zum Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB).

Antwort 4:

Um einen Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB).

Antwort 5:

Ein Vertrag kommt durch Abgabe zweier übereinstimmender Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande. Dies gilt auch für Online-Geschäfte.

Antwort 6:

Zugang ist dann gegeben, wenn die Willenserklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass ihre Kenntnisnahme möglich ist und unter normalen Umständen mit dieser gerechnet werden kann. Bei Privatleuten ist dies analog der Rechtsprechung zum Zugang von Briefen am nächsten Werktag.

Antwort 7:

Nein! Deswegen beschloss der Gesetzgeber in Erfüllung einer EG-Richtlinie die Einführung der „elektronischen Form“ bzw. der „Textform“ (vgl. §§ 126 III, 126a, 126b, 127 BGB n.F.)

BR Alpha - IT Bachelor

Televorlesung: Wirtschafts- und Multimediarecht

Folge 11: Titel: Leistungsstörungen bei fehlerhaften EDV-Produkten

Referent : Prof. Dr. Josef Scherer

Sendetermin: 13.06.2001

Skriptum:

- Gliederung -

A. Einleitung

B. Hauptteil

- I. Anzuwendendes Recht
- II. Vertragliche Gewährleistung
- III. Verschuldensunabhängige Haftung nach dem ProdHaftG
- IV. Deliktische Produzentenhaftung § 823 BGB

C. Schluß

11. Leistungsstörungen bei fehlerhaften EDV-Produkten

A. Einleitung



Der Wechsel ins neue Jahrtausend ist vollzogen und das weltweit mit großer Spannung erwartete "Jahr-2000-Problem" auf dem Gebiet der EDV wurde größtenteils vorab mit einem enormen Aufwand der IT-Abteilungen von Firmen beseitigt. Dennoch ist die Frage von Leistungsstörungen im Zusammenhang mit Computern, deren Hard- und Software und zunehmend auch im Internet aktuell. Zahlreiche Produkte wie Bilder und Musik sind digitalisierbar und werden via Internet vertrieben. Ein riesiges Wachstum bei der kommerziellen Nutzung des Netzes bringt nicht nur höhere Umsätze durch E-Commerce, den Handel via Internet, sondern auch Unannehmlichkeiten wie "Stau auf der Datenautobahn", Ausfälle durch Netzüberlastung und technische Probleme mit sich. Ursächlich hierfür können trojanische Pferde und Viren - man denke nur an den bekanntgewordenen "I Love You Virus" - sein, also kleine Programme mit der Fähigkeit zur Selbstreproduktion, die Manipulationen von der harmlosen Anzeige verschiedener Zeichen auf dem Bildschirm bis hin zur Zerstörung der Hardware hervorrufen.

Auch Hackerangriffe, unterdimensionierte Hardware, die den Nachfragen von Nutzern nicht stand hält, oder "vorprogrammierte" Fehler in der genutzten Software kommen in Frage. Eine abschließende Aufzählung ist hier sicherlich nicht möglich.

Im folgenden sollen die Rechtsbeziehungen zwischen Anwendern, Beratern, Dienstleistern, Herstellern, Programmierern, und Providern im Hinblick auf die Pflichtenkreise und Rechtsfolgen bei Leistungsstörungen im vertraglichen Bereich, sowie die deliktische Haftung und Produkthaftung untersucht werden.

Zur Frage des Vertragsschlusses via Internet sowie zur Anwendbarkeit deutschen Rechts: vergleiche Skriptum zu Folge 10).

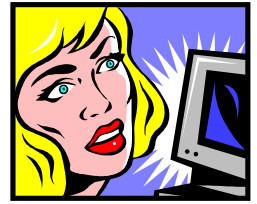
B. Hauptteil

I. Anzuwendendes Recht

Anzuwendendes Recht können bei Leistungsstörungen Regelungen des BGB, des Verbraucherkreditgesetzes, des Produkthaftungsgesetzes, des Fernabsatzgesetzes sowie haftungsrechtliche Normen aus dem Teledienstgesetz (TDG) und IuKDG (Informations- und Kommunikationsdienstgesetz) sein.

II. Vertragliche Gewährleistung

Im vertraglichen Bereich ist für die Anwendung des jeweiligen Gewährleistungsrechts zunächst eine Einordnung der Rechtsbeziehungen zu einem bestimmten Vertragstyp erforderlich. Schwierig ist das bei den hier behandelten Verträgen deswegen, weil eine unmittelbare Regelung der Vertragsgestaltung im Computerzeitalter im BGB vom 1. 1. 1900 fehlt und Vertragsgegenstände wie Software in der Literatur noch umstritten sind, zu den neueren Arten wie Web-Hosting zum Teil nicht einmal Rechtsprechung existiert.



1) Kaufvertragliches Gewährleistungsrecht:

a) Vertrag

Voraussetzung für das Eingreifen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht ist zunächst das Vorliegen eines Kaufvertrags, § 433 BGB.

aa) Standardsoftware

Bei **Standardsoftware**, bei der der Anwender regelmäßig keine oder nur geringe Anpassungen des Programms an die jeweilige Hardware und sonstige Einzelbedürfnisse vornehmen muß, ist die Überlassung von bereits fertigen Programmen gegen einmalige Zahlung jedoch schon problematisch, da es bei diesen selbst - im Gegensatz zu dem Datenträger - an einem „körperlichen Gegenstand“ fehlt. Wird die Software aus dem Internet heruntergeladen, fehlt die Übergabe einer CD ROM oder Diskette gänzlich. Dies gilt auch für die regelmäßig dazugehörige Dokumentation, die zusammen mit dem Programm die Software bildet. Deshalb ist die rechtliche Einordnung stark umstritten.

(1) Literatur

Vertreten wird in der Literatur, es handle sich um einen Lizenz- oder Know-how-Vertrag, was bei der Einordnung in die Vertragstypik des BGB nicht weiterhilft, da diese Verträge dem Gesetz ebenfalls unbekannt sind. Andere stellen auf die Überlassung des Nutzungsrechts auf unbestimmte Zeit ab und wählen deshalb den Pachtvertrag, wiederum andere nehmen einen Mietvertrag an. Stellt man auf die Installations- und Einführungsmaßnahmen bei größeren Softwarepaketen ab, kann man auch an einen Werkvertrag denken.

(2) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung kommt es für die vertragsrechtliche Einordnung auf den **Endzweck** an und nicht auf die Art und Weise des Übertragungsweges der Software. Für sie wird die Sacheigenschaft angenommen, womit man zum Kaufvertrag gelangt. Begründen läßt sich dies damit, daß das Programm wesensbedingt auf irgendeinem Informationsträger verkörpert sein muß (Papier, Diskette, Speicherchip etc.). Außerdem können Kaufgegenstand über den Wortlaut von § 433 Absatz 1 BGB nicht nur Sachen und Rechte, sondern auch sonstige unkörperliche Gegenstände sein. Wichtig ist, wie bei Know-how, Informationen, Adressenlisten oder dem Unternehmenskauf, vornehmlich die Verkehrsfähigkeit des Gegenstandes, der auf Dauer einem anderen überlassen wird.



(3) Es bleibt daher festzuhalten, daß **bei der Überlassung eines Standardprogramms** auf Dauer gegen Einmalzahlung ein **Kaufvertrag** gegeben ist. Zur vertraglichen Hauptleistungspflicht des Verkäufers gehört dabei auch, daß der Anwender ein Handbuch oder eine Benutzerdokumentation erhält. Zu sonstigen Nebenpflichten kann die Übernahme einer Installation oder Schulung durch den Lieferanten gehören, was grundsätzlich nicht zu einem **Werkvertrag** führt. Bei Software liegt ein solcher regelmäßig vor, wenn es sich um **Individualsoftware** handelt, diese also für einen speziellen Verwendungs- und Aufgabenzweck des Anwenders erstellt wird und ihm gegen einmalige Zahlung auf Dauer überlassen wird.

Beispiel für Standardsoftware (→ Kaufvertrag): Betriebssysteme Windows NT, Windows 2000; Anwendungen Word, Excel, Access, Works als Standardsoftware.

Beispiel für Individualsoftware (→ Werkvertrag): Ein Arzt gibt bei einem Softwareentwickler ein Programm in Auftrag, das speziell auf die Bedürfnisse seiner Praxis zugeschnitten ist.

bb) Systemkauf

Als Systemkauf wird der Erwerb von Hardware mit vorinstallierter Software verstanden. Schon aus dem Lieferumfang ergibt sich hier regelmäßig eine rechtliche Einordnung als Kaufvertrag, da neben dem Computer als körperlichem Gegenstand nur die übliche Standardsoftware, bestehend aus Betriebssystem und Textverarbeitung und ggf. Tabellenkalkulation, enthalten sein wird.

Beispiel: Angebot von Media Markt oder Lebensmittel-Discounter wie Aldi, Norma oder Lidl

b) Mangelhaftigkeit und Zeitpunkt

aa) Fehler

Als **Fehler** wird *jede Abweichung der Istbeschaffenheit von der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit* definiert, durch die der Wert oder Gebrauchszweck mehr als nur unerheblich beeinträchtigt werden. Typisches Beispiel eines Sachmangels ist ein virenverseuchtes Computerprogramm. Dabei bedarf es zu einer erheblichen Minderung der Gebrauchstauglichkeit im Einzelfall nicht viel:



So hat ein kleiner, eher unscheinbar anmutender Programmierfehler (Verwechslung von Komma und Punkt) in den USA 1962 zu einem Schaden von 18,5 Millionen Dollar geführt, weil die Mariner-Raumsonde aus der vorgesehenen Flugbahn geriet und kurz nach dem Start gesprengt werden mußte. Gerade das Merkmal der Gebrauchstauglichkeit ist in der Praxis von entscheidender Bedeutung, da unbestritten Computersoftware ab einer gewissen Komplexität an nicht fehlerfrei entwickelt werden kann. Als Ansatzpunkt für die Bestimmung des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs ist dabei die Programmbeschreibung des Herstellers in Werbeprospekten oder die mitgelieferte Dokumentation heranzuziehen.

bb) Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft

Eigenschaften sind *alle gegenwärtigen wertbildenden Merkmale der Kaufsache, die für deren Wert, ihren vertraglich vorausgesetzten Gebrauch oder aus sonstigen Gründen für den Käufer erheblich sind*.

Von einer **Zusicherung** ist dann auszugehen, wenn der Verkäufer ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gibt, daß er für den Bestand der betreffenden Eigenschaften und alle

Folgen ihres Fehlens eintreten will. Wann genau eine Zusicherung vorliegt, ist jedoch stets die Frage des Einzelfalles. Regelmäßig werden jedoch bloße Beschreibungen geschuldeter Programmleistungen, die sich auf Prospektunterlagen oder Handbüchern befinden, keine Zusicherung sein, weil es an einem entsprechenden Willen des Veräußerers zur Garantieübernahme fehlt.

c) Primäransprüche

aa) Neulieferung

Bei einer Gattungssache nach § 480 BGB kann statt Wandelung oder Minderung auch verlangt werden, daß ein fehlerfreies Produkt nachgeliefert wird. Dies wird bei Standardsoftware als Massenprodukt regelmäßig der Fall sein. Sinnvoll ist dieser Anspruch selbstverständlich nur, wenn überhaupt ein Update der Software existiert, das die Fehler nicht aufweist. Zu Konflikten kann es dann kommen, wenn das Update weitere Verbesserungen enthält, da der Nachlieferungsanspruch kein Recht auf Lieferung einer verbesserten Sache, sondern nur einer fehlerfreien Sache gewährt. Bei der Lieferung eines Updates wird daher der Anwender verpflichtet sein, die Wertdifferenz für die Verbesserung zur Vollversion auszugleichen. Entgehen kann der Anwender dieser Zahlung nur, wenn er sich statt der Nachlieferung eines Updates auf die anderen Gewährleistungsrechte stützt, die alternativ neben § 480 BGB zur Verfügung stehen.

bb) Nachbesserung

Die meisten Lieferanten haben in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt, daß zunächst Nachbesserungsversuche vor Wandelung und Minderung in Betracht kommen. Solange Minderung und Wandelung für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung vorbehalten bleiben, ist dies nicht gemäß § 11 Nr. 10 b AGBG verboten, nach § 476 a BGB bedarf es lediglich einer besonderen Vereinbarung.

Ob es automatisch über die analoge Anwendung von § 633 Absatz 2 BGB zu einer Einräumung eines Nachbesserungsrechts für den Softwareveräußerer kommen soll, wurde von der Rechtsprechung des BGH bislang offengelassen. Von der Literatur wird eine derartige Modifizierung des kaufvertraglichen Gewährleistungsrechts teilweise mit dem Hinweis auf ein u.a. problematisches Rückgewährschuldverhältnis bei der Durchführung der Wandelung gefordert. Dabei käme es allerdings zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertrag, weshalb eine Abweichung weder erforderlich noch geboten ist.

d) Sekundäransprüche

aa) Wandelung und Minderung

Wandelung und Minderung werden, gegebenenfalls nach fehlgeschlagener Nachbesserung, ganz normal ausgeübt. Hervorzuheben ist jedoch, daß die Kosten einer eventuellen Ermittlung der Mängel kein Teil der nach § 467 Satz 2 BGB im Falle der Wandelung zu erstattenden Vertragskosten sind. Sie fallen dem Käufer auch im Fall einer Wandelung zur Last. An einen Ersatz ist nur unter Schadensersatzgesichtspunkten zu denken.

bb) Schadensersatz

Schadensersatzansprüche im Kaufvertragsrecht gibt es eigentlich nur bei verletzten Zusicherungen oder bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers bzw. Vorspielen einer nicht vorhandenen Eigenschaft. Unter den Gesichtspunkten der Positiven Vertragsverletzung sowie der cic können Beratungsfehler in Betracht gezogen werden, wenn ungeeignete Software empfohlen wird, die dann zur Installation nicht nur enorme Aufwendungen für Hardware, sondern auch einen unnützen Arbeitsaufwand beim Erwerber hervorruft.



cc) Mangelfolgeschäden bei Schlechterfüllung

Gerade im Bereich der EDV ist die Haftung für **Mangelfolgeschäden**, die sich regelmäßig aus dem Rechtsinstitut der pVV ergeben wird, wirtschaftlich meistens wesentlich bedeutender als die Gewährleistung, die nur aus Wandelung, Minderung und gegebenenfalls Nachbesserung des Programms besteht. Zu denken ist hier insbesondere an die Fälle von Produktionsausfall, Stillstand, Gewinnentgang und Schäden am ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb infolge von Computerausfällen. Beachtung fand bislang insbesondere auch das große Gefahrenpotential bei computergesteuerten medizinisch-technischen Geräten und Verkehrsleitsystemen wie Flugsicherungssystemen.

Beispiel: Totalausfall des Flugsicherungssystems in der BRD am 11.02.2001, was zu zweistündigen Verspätungen sämtlicher Flüge in ganz Deutschland führte

Dabei gebietet die Schadensminderungspflicht bei einem Stillstand, den Schaden durch erstmalige Wiederaufnahme des Betriebes so gering wie möglich zu halten. Im Hinblick auf Datenverlust ist dabei besonders an regelmäßige Datensicherung zu denken.

e) Rechtsmängelhaftung

Kann der Verkäufer nicht alle Rechte an der verkauften Software übertragen, haftet er gemäß §§ 434, 440 BGB, bei anfänglicher Unmöglichkeit auch gemäß §§ 323 ff. BGB auf Schadensersatz. Dieser kann allerdings darauf beschränkt sein, die Kosten einer nachträglichen Lizenzierung oder der Beschaffung eines Ersatzprogramms zu tragen, besonders wenn nur Rechte an einem kleinen Teilprogramm nicht vollständig übertragen werden.

f) Handelskauf (vgl. Skriptum zur Folge 6)

Liegt zwischen den Parteien ein beiderseitiges Handelsgeschäft nach §§ 343, 344 HGB vor, bestehen für den Käufer gesteigerte Untersuchungs- und Rügepflichten nach § 377 Absatz 1 HGB. Wird der Mangel nicht rechtzeitig angezeigt, scheiden alle Gewährleistungsansprüche aus. Die Obliegenheit des Käufers zur Untersuchung und zur Anzeige etwaiger Mängel an den Verkäufer entsteht mit der Ablieferung der Ware. Diese ist dann gegeben, wenn die Ware derart in den Machtbereich des Käufers verbracht wird, daß dieser sie untersuchen kann. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß eine vollständige Ablieferung gegeben ist. In der Rechtsprechung wurde daher die Ablieferung von verkaufter Software bereits verneint, solange die Lieferung des zur Hauptleistungspflicht des Verkäufers gehörenden Handbuchs noch nicht erfolgt war.

Bis zu einem Urteil des BGH vom 22.12.99 war der Begriff *Ablieferung* bei Standardsoftware umstritten.

Eine Ansicht verlangte neben der Übergabe noch die Durchführung eines im wesentlichen ungestörten Probelaufs der Software. Eine weitergehende Auffassung setzte sogar voraus, daß die Software im Betrieb des Käufers in einer ausführlichen Erprobungsphase letztlich fehlerfrei gelaufen sei.

Dem ist der BGH mit dem Argument entgegengetreten, daß es zu einer Vermischung der Unterschiede zwischen der werkvertraglichen Abnahme im Sinne von § 640 BGB und der kaufrechtlichen Ablieferung im Sinne von § 377 Absatz 1 HGB und § 477 Absatz 1 BGB käme. Es bleibt daher auch beim Kauf von Software grundsätzlich dabei, daß die Kaufsache abgeliefert ist, wenn sie in einer ihre Untersuchung ermöglichenden Weise in den Machtbereich des Käufers gelangt ist, da im Kaufrecht das Bestreben nach Klarheit und möglichst schneller Regulierung von Mängeln der Kaufsache zugrunde liegt; dies gilt verstärkt unter Kaufleuten.

Für eine Sonderregelung bei Software besteht kein Bedürfnis, da die zweifellos vorhandenen Schwierigkeiten bei der Entdeckung von Mängeln, insbesondere bei umfangreicheren und differenzierten Programmen und entsprechenden EDV Anlagen, durch eine großzügige Bemessung der Untersuchungsfrist des § 377 Absatz 1 HGB berücksichtigt werden können. Hinzu kommt, daß wenn der Verkäufer beginnt, die Fehler zu beseitigen, dies eine Hemmung des Laufs der Verjährungsfrist entsprechend § 639 Absatz 2 BGB, unter Umständen sogar ihre Unterbrechung aufgrund eines Anerkenntnisses zur Folge hat.

g) Verjährung



Die Verjährung richtet sich gemäß § 477 BGB und beträgt sechs Monate ab Ablieferung der Kaufsache. Bei der Ablieferung tauchen auch hier wieder die bereits oben ausgeführten Probleme des Zeitpunkts der Ablieferung auf. Lediglich beim arglistigen Verschweigen eines Fehlers beträgt die Frist 30 Jahre.

2) Mietvertrag

a) Hard- und Software

Wird Hard- oder Software gegen regelmäßige Zahlungen zur Nutzung überlassen, so liegt nach einhelliger Meinung ein Mietvertrag vor. Eine Besonderheit bei der Gebrauchsüberlassung von Programmen ist lediglich bei der Rückgabepflicht des Mieters nach § 556 Absatz 1 BGB gegeben, die sich in eine Verpflichtung zur Löschung des auf dem Datenträger gespeicherten Programms und sämtlicher gegebenenfalls vorhandenen Sicherungskopien umwandelt, wenn dieser Zweck nicht ohnehin durch eine Programmsperre erreicht wird, die das Programm nach Ablauf der Mietzeit blockiert.

Nachdem der BGH das Problem der Sacheigenschaft für die Praxis aus dem Weg geräumt hat, ist es unproblematisch, daß Software auch geleast werden kann.

b) Web-Hosting-Vertrag

Bei sogenannten Web-Hosting-Verträgen überläßt der Anbieter dem Kunden für die Dauer des Vertrages einen Teil des Plattenspeichers eines seiner Server für eigene Zwecke und sorgt für den Datentransfer im Falle eines Abrufs der Web-Seite. Das erste Leistungselement der Überlassung kann nach Mietrecht gem. §§ 535 ff BGB beurteilt werden, da es sich bei dem überlassenen Gegenstand um eine körperliche Sache, § 90 BGB, in Form des Speicherplatzes auf einer Festplatte handelt.

Zwar hat der Kunde keine unmittelbare Sachherrschaft über den Speicherplatz, jedoch reicht es aus, daß der Vermieter dem Mieter den Mietgegenstand in einer Weise zur Verfügung stellt, durch die der Mieter ohne weiteres in die Lage versetzt wird, den vertragsgemäßen Gebrauch auszuüben. Dies geschieht durch Installation der Web-Seiten des Kunden per File Transfer Protocol, kurz FTP.

Das zweite Leistungselement, die Erreichbarkeit des Kunden mit seiner Präsentation, ist als Werkvertrag zu charakterisieren, da hier ein Erfolg geschuldet wird. Somit liegt insgesamt ein Vertrag mit mehreren Elementen vor, ein gemischter Vertrag, für dessen Gewährleistung es darauf ankommt, wo das Leistungsdefizit eintritt.

Fällt beispielsweise der Server des Webhost aus oder erhält der Kunde zu wenig Speicherplatz, dann stehen ihm mietrechtliche Gewährleistungsansprüche zu.

c) Online-Verträge

Als ein Vertrag mit kauf- und pachtrechtlichen Elementen ist der sog. Online-Vertrag mit einer Datenbank zu verstehen, womit über § 581 BGB das Gewährleistungsrecht über die Mietverträge zur Anwendung gelangen kann. Die Datenbank besteht aus der Datensammlung, einem Programm, das den Umgang mit den Daten steuert, die Datensätze verwaltet und für die Abfrage bereithält und einem weiteren Programm, das die Verbindung zum Benutzer führt und dessen Anfrage weitergibt.

Zum einen werden die Informationen zum Gebrauch überlassen, zum anderen findet der eigentliche Informationsabruf statt, für den regelmäßig eine nutzungsabhängige Gebühr anfällt. Zwar findet keine Übereignung eines körperlichen Gegenstandes statt, was vom Wortlaut des § 433 Absatz 1 BGB zwar verlangt wird, jedoch können auch Computerprogramme, technisches Wissen oder Geschäftsgeheimnisse und Ideen Gegenstand eines Kaufvertrages sein.

Bei der Gewährleistung kommt es sodann wieder darauf an, in welchem Leistungsteil der Mangel liegt. Ist die Datenbank beim Zugang gestört oder stehen Teile davon nicht zur Verfügung, kommt Mietrecht zur Anwendung. Die Pflicht zur Entrichtung des Mietzinses entfällt also gem. § 537 I BGB für die Zeit der Störung. Es besteht ein Anspruch auf Mängelbeseitigung, bei anfänglichen Mängeln bzw. späteren vom Vermieter zu vertretenden Mängeln ein Schadensersatzanspruch. Erwähnt sei noch das Recht auf außerordentliche Kündigung nach § 542 BGB bei ganz erheblichen Mängeln.

Beispiel: Eine Nachrichtenagentur stellt ihr Angebot den Kunden im Internet zur Verfügung. Die Software ist fehlerhaft und sämtliche Nutzer bleiben ohne aktuelle Meldungen.

Bekommt der Anwender Falschinformationen oder unvollständige Daten geliefert, ist kaufrechtliches Gewährleistungsrecht zu prüfen.

Beispiel: Ein Rechtsanwalt macht eine Anfrage bei der JURIS-Datenbank und bekommt nur eine unvollständige Auskunft, weshalb er in dem maßgeblichen Rechtsstreit einen aufwendigen Prozeß mit hohem Streitwert verliert und anschließend in die Haftung genommen wird und selbst Schadensersatz leisten muß.



d) Mietrechtliche Gewährleistung

Der Vermieter hat dafür einzustehen, daß die vermietete Sache nicht mit Mängeln behaftet ist, sondern alle zugesicherten Eigenschaften aufweist. Während der Mietzeit ist die Mietsache vom Vermieter in brauchbarem Zustand zu erhalten. Merkt der Nutzer, dem z.B. entgeltlich Speicherplatz zur Verfügung gestellt wird, daß das Speichermedium mangelhaft ist, so vermindert sich der Mietzins automatisch, § 537 BGB. Unabhängig von der Minderung kann

seitens des Nutzers auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden, § 538 BGB, wenn der Mangel bereits bei Abschluß des Mietvertrages vorhanden war oder später aufgrund eines Verschuldens des Anbieters entsteht. Auch wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug gerät, gelangt man zum Schadensersatz.

e) Content-Provider - Abgrenzung Werkvertrag

Content-Provider bieten im Internet eigene Inhalte an oder vermitteln den Zugang zu fremden Inhalten. Hierunter fallen z.B. Online-Informationsdiensteanbieter von Datenbanken oder andere Informationssammlungen oder auch Versandhäuser, welche ihre Waren im Internet anbieten. Daneben existieren noch Service-Provider, welche fremde Inhalte zur Nutzung im Internet bereithalten. Service-Provider können daher als ein Unterfall der Content-Provider angesehen werden. Der Übergang zwischen Content- und Access-Providern ist fließend, da sich viele ursprüngliche Access-Provider, wie etwa T-online, zu umfangreichen Inhalteanbietern mit eigenen umfangreichen Websites, Datenbanken oder Informationsdiensten entwickelt haben. Kennzeichnend ist, daß die Online-Informationsdienste zumeist kostenpflichtig sind. Zur Gewährleistung vgl. oben c) unter Online-Verträge.

3) Dienstvertrag

a) Ein Dienstvertrag ist gegeben, wenn der Auftragnehmer sich zum Tätigwerden verpflichtet, wie z.B. zum Zusammenbau von Hardware. Auch ein Arbeitnehmer, der in einem Betrieb für Programmierarbeiten zuständig ist, fällt durch den Arbeitsvertrag hinsichtlich der Gewährleistung ins Dienstvertragsrecht.



Beispiel: Einem Arbeitnehmer bei DATEV unterläuft ein Programmierfehler, der zur Folge hat, daß sämtliche Lohnabrechnungen, die über DATEV durchgeführt werden, um eine Dezimale zugunsten der Arbeitnehmer verschoben sind. Der Fehler wird erst nach Überweisung der Gehälter bemerkt.

b) Da im Gesetz geregelte Gewährleistungsvorschriften fehlen, kommt es bei Leistungsstörungen in der Regel zur Anwendung des Rechtsinstituts der pVV. Baut der Dienstverpflichtete bei der Wartung von Programmen beispielsweise zeitliche Sperren oder Module ein, die regelmäßig die Eingabe eines neuen Paßwortes erfordern und somit verlängert werden müssen, macht er sich beim Ausfall der EDV-Anlage schadensersatzpflichtig. Auch, wenn regelmäßig neue Programme eingespielt werden und dabei ein Virus eingeschleppt wird, entsteht ein Anspruch auf Schadensersatz. Im Hinblick auf die Beweislage im „Ernstfall“ ist es daher insbesondere wichtig, daß die Arbeiten des Servicetechnikers regelmäßig dokumentiert werden.

4) Werkvertrag/Werklieferungsvertrag:

a) Vertrag

aa) Software

Wird nicht Standardsoftware, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages üblicherweise schon existieren wird, zur Nutzung überlassen, sondern wird Software individuell auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnitten oder speziell für diesen erstellt, so liegt ein Werklieferungsvertrag vor. Eine Anpassung von Standardprogrammen oder Modulen, wie z.B. bei

SAP, wird wohl aus Kostengründen häufiger gefragt sein als eine komplette Neuherstellung eines Programms.

Gerade beim Vertragsabschluß wird besonderes Augenmerk auf den Inhalt des Vertrages zu legen sein, da zunächst nur eine Vorstellung des Kunden von den fertigen Programmen existiert und deswegen eine genaue Beschreibung erforderlich ist. Aus diesem Grund sind beim Werkvertrag auch die Regelungen der Gewährleistung anders ausgelegt. Insbesondere greifen hier zunächst Nachbesserungsansprüche.

bb) Pflege- und Serviceverträge

Die regelmäßige Wartung einer EDV-Anlage oder die Pflege von Computersoftware im Rahmen eines Servicevertrages fällt unter den Werkvertrag, da wegen der Pflicht, das Gerät funktionsfähig zu halten, die Erfolgsbezogenheit der Leistung überwiegt. Im Einzelfall kann jedoch auch ein bloßer Dienstvertrag vorliegen, etwa wenn die Beratung des Anwenders im Vordergrund steht.



cc) Access-Provider

Schließt ein Nutzer einen Vertrag mit einem Anbieter, der ihm Zugang zum Netz verschafft und die technische Infrastruktur zur Ermöglichung des Zugangs zum Internet gegen Vergütung aufrechterhält, sog. Access- oder Internet-Provider, liegt ein Werkvertrag vor. Maßgeblicher Leistungsinhalt ist die Gewährung des Zugangs zu einem Kommunikationsnetz und damit ein Erfolg. Regelmäßig werden neben dem Zugang noch weitere Leistungen vereinbart wie E-Mail, Usenet, IRC (Internet Relay Chat), FTP (File Transfer-Protocol), Telnet und World Wide Web, für die jeweils spezielle Programme verwendet werden, die vom Provider zur Verfügung gestellt werden, so daß diese Leistungen jeweils wieder getrennt vom Zugang selbst zu beurteilen sind, insgesamt also ein gemischter Vertrag mit eigenständig zu qualifizierenden Leistungsbeziehungen vorliegt.

Beispiel: T-Online, Compuserve, AOL bieten neben dem Zugang auch immer Speicherplatz für eine eigene Homepage an und richten darüber hinaus stets eine E-Mail-Adresse für den Nutzer ein.

Beim E-Mail-Dienst liegt im Hinblick auf die Einrichtung eine Werkleistung vor, da eine individuelle Adresse für einen Teilnehmer angelegt werden muß, die funktionieren soll. Auch die Entgegennahme von eingehenden Mails sowie die Zwischenspeicherung bis zum Abrufen durch den Kunden fällt ins Werkvertragsrecht, während die Übermittlung von ausgehenden Mails in ein Netz außerhalb des Anbieters nach Dienstvertrag zu beurteilen ist, da nur das eigene Netz überschaubar und steuerbar ist.

Zur Anwendung des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts gelangt man dann, wenn eine Leistung mangelhaft erfüllt wird, also z. B. der Access-Provider keine ausreichende Zugangsmöglichkeiten bietet, der Zugang zum Internet für den Kunden schwer zu erreichen ist oder ein E-Mail-Account nicht funktionstüchtig ist.

Beispiel: Anfang 1997 kam es beim Provider AOL zu einer kurzzeitigen Schließung des Zugangs zum Internet aufgrund einer Fehleinschätzung der Kundennachfrage, was zu erheblichen Protesten der betroffenen Kunden führte.

Dann steht gem. § 633 I BGB eine Nachbesserung an, unabhängig davon, ob der Fehler schuldhaft verursacht wurde. Dauert die Nachbesserung zu lange, liegt also Verzug vor, kann sich der Kunde die Leistung auf Kosten des Providers von einem Dritten erbringen lassen, § 633 III BGB. Bei Erfolglosigkeit der Nachbesserung oder Unzumutbarkeit ist nach Fristset-

zung mit Ablehnungsandrohung gem. § 634 BGB eine Wandelung oder Minderung möglich. Bei schuldhafter Pflichtverletzung durch den Werkunternehmer besteht ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, § 635 BGB.

dd) Programmierung einer Homepage

Ein Homepageerstellungsvvertrag liegt dann vor, wenn ein Content-Provider den Inhalt einer Website, welche er im Internet präsentieren möchte, von einem Dritten bezieht bzw. von diesem anfertigen läßt. Geschuldet ist ein bestimmter Erfolg, die Erstellung einer Website bzw. Homepage, weshalb Werkvertragsrecht zur Anwendung gelangt. Die als Ausfluß des Urheberrechts bestehenden Nutzungsrechte an der Website müssen vom Ersteller des weiteren an den Auftraggeber übertragen werden.



Beispiel: Es soll die Seite eines Online-Brokers erstellt werden. Aufgrund eines Programmierfehlers kommt es zu einem Totalausfall der Seite, was zahlreiche Schäden zur Folge hat: kein Zugang zum Markt mehr für die Kunden, keine Umsätze, negative Presse, Unzufriedenheit der Kunden, Abwanderung zur Konkurrenz

b) Notwendig bei einem Werkvertrag ist eine Abnahme, mit der bestätigt wird, daß der Besteller die Ware bzw. das Programm als vertragsgemäß akzeptiert, wodurch die vereinbarte Vergütung fällig wird und die Gewährleistungsfristen in Gang gesetzt werden.

Beispiel: Unternehmen kauft eine „Firewall“, ein Programm, das umfangreichen Schutz vor Hackerangriffen bieten soll. Schon nach wenigen Wochen dringt ein Unbekannter über Internet in das Unternehmen ein und entwendet wichtige und hochsensible Kundendaten (Kreditkartennummern etc.) und löscht wichtige Daten von Festplatten, so daß eine Rechnungslegung für bereits erbrachte Leistungen unmöglich wird.

c) PVV des Softwareherstellers

Verletzt der Softwarehersteller eine vertragliche Nebenpflicht, so macht er sich ebenso wie beim Auftreten von weiten Mangelfolgeschäden schadensersatzpflichtig. Bei den Nebenpflichten ist insbesondere an die Geheimhaltungspflicht hinsichtlich geschäftlicher Informationen des Bestellers zu denken, die im Zusammenhang mit der Programmerstellung offenbart werden.

Beispiel: Ein Unternehmen stellt nach einem geheimen Rezept ein koffeinhaltiges Erfrischungsgetränk (Coca-Cola, Pepsi) her und beauftragt einen Softwareentwickler das Programm zur Steuerung der Mischanlage für die Zubereitung des Getränks zu schreiben. Nach Einsicht in geheime Firmenunterlagen verkauft der Programmierer die Rezepte an ein Konkurrenzunternehmen.

4) Beratungsvertrag:

Eine Möglichkeit des Beratungsvertragsabschlusses ist die ausdrückliche Vereinbarung. Es besteht auch die Möglichkeit des konkludenten Beratungsvertragsabschlusses, wenn etwa eine Partei der anderen deutlich zu erkennen gibt, daß eine Auskunft für sie von besonderer Bedeutung sein wird und diese als Grundlage wesentlicher Entscheidungen dienen wird. Dieser ist inhaltlich als Dienst- oder Werkvertrag zu qualifizieren, bei unentgeltlicher Leistungserbringung handelt es sich um einen Auftrag nach § 662 BGB. Zur inhaltlichen Beratung gibt

es zahlreiche Einzelfallrechtsprechung, deren Ausbreitung den hier vorhandenen Rahmen sprengen würde.

Da es sich bei der Beratung um eine Hauptleistungspflicht handelt, ergibt sich bei Verletzung ein Schadensersatzanspruch des Kunden, zu dessen Umfang folgendes Beispiel dient:

Beispiel: Ein EDV-Berater soll gegen Bezahlung eine komplette Computeranlage für ein Unternehmen planen und vergißt dabei ausreichenden Schutz gegen Blitzschlag. Bei einem Gewitter fällt dann die komplette EDV aus.



Der Schaden des Unternehmens kann, je nach Größe der EDV-Anlage, folgende Positionen umfassen: Produktionsausfall, Stillstand, Zusätzlicher Aufwand für EDV-Personal und andere Mitarbeiter, die z.B. Rechnungen etc. mit der Hand ausstellen müssen, Einrichtung eines Notbetriebes, Beschaffung von Ersatzgeräten, Gewinnentgang, Schadensersatzpflichten gegenüber Kunden bei Lieferverzug, Wettbewerbsnachteile (Konkurrenz liefert früher, gewinnt Marktanteile), Rufschädigung, Sachschäden an den Computern.

5) Rechtsinstitute

a) cic

Schon im Rahmen des **vorvertraglichen** Vertrauensverhältnisses entstehen für die Parteien Pflichten, deren Verletzung zu einer Schadensersatzpflicht führen kann, die dann auf das gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitut der culpa in contrahendo gestützt wird.

Beispiel: Im Internet befindet sich ein Angebot für den Abschluß einer Krankenversicherung. Der angesprochene Kunde muß nur seine persönlichen Daten online eingeben und erhält wenige Tage später ein persönliches Angebot, wodurch insbesondere die Provision von Versicherungsvertretern gespart wird. Nach Dateneingabe durch einen potentiellen Kunden werden bei einem Hacker-Angriff die Angaben des Kunden entwendet und eine darin enthaltene unangenehme Krankengeschichte dazu mißbraucht, diesen in der Öffentlichkeit lächerlich zu machen. Dieser verlangt anschließend Schadensersatz wegen Rufschädigung.

b) PVV

Auch die positive Vertrags- bzw. Forderungsverletzung stellt ein anerkanntes Rechtsinstitut dar, das insbesondere für im Gesetz **nicht** geregelte Schlechtleistungen oder Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten einen Schadensersatzanspruch gewähren kann.

Beispiel: Im Rahmen von Web-Hosting-Verträgen gehört es seitens des Anbieters auch zu einer vertraglichen Nebenpflicht, den Host-Rechner gegen Angriffe abzusichern. Hat er ein nicht zugriffsgeschütztes System, verstößt er gegen Verkehrssicherungspflichten und kann sich schadensersatzpflichtig machen.

c) Verjährung

Die regelmäßige Verjährung der Ansprüche aus cic und pVV beträgt nach § 195 BGB 30 Jahre. Es ist jedoch zu beachten, daß durch vertragliche Verknüpfungen diese Zeit auch auf die Verjährungszeit der entsprechenden vertraglichen Gewährleistung gemindert sein kann, wodurch es z.B. im Kaufrecht bei einer sechsmonatigen Verjährungsfrist bleiben kann.

III) Verschuldensunabhängige Haftung nach dem ProdHaftG:



Das am 1.1.1990 in Kraft getretene Produkthaftungsgesetz basiert auf der EG-Richtlinie 85/374/EWG vom 25.7.85. Das Produkthaftungsgesetz sieht eine Haftung ohne Verschulden (Gefährdungshaftung) vor. Gemäß § 15 Absatz 2 ProdHaftG bleibt die Haftung aufgrund anderer Vorschriften unberührt, so daß daneben auch die BGH-Rechtsprechung zur Produzentenhaftung Bedeutung beibehält. Während das Produkthaftungsgesetz aufgrund der verschuldensunabhängigen Haftung teilweise weitergeht, findet gegenüber § 823 BGB eine Einschränkung im Hinblick auf Haftungshöchstbeträge bei Personenschäden, bei Sachschäden (Verbraucherschäden), Schmerzensgeld und Bagatellgrenze statt.

Bei der Prüfung eines Anspruchs nach § 1 I Produkthaftungsgesetz sind folgende Voraussetzungen zu prüfen:

1) Haftungsbeschränkung durch TDG

Während bei der Haftung nach § 823 BGB durch § 5 TDG eine Haftungsabmilderung stattfinden kann, entfällt diese beim Produkthaftungsgesetz, da es sich um die nationale Umsetzung einer EG-Richtlinie handelt und daher weder durch das TDG noch durch den Mediendienste-Staatsvertrag abgeändert werden kann. Dies gilt auch für die Auslegung der Begriffe aus dem Produkthaftungsgesetz, da diese stets richtlinienkonform zu interpretieren sind.

2) Zeitlicher Anwendungsbereich

Gemäß § 16 ProdHaftG findet dieses keine Anwendung auf Produkte, die vor dem 1.1.90 in Verkehr gebracht wurden. Maßgeblich für den Zeitpunkt ist allein, wann der Hersteller das Produkt in den öffentlichen Verkehr gebracht hat, also zum Beispiel an einen Zwischenhändler ausgeliefert hat. Auf die Herstellung des Produktes kommt es demgegenüber nicht an.

2) Anspruchsgegner

a) Hersteller ist gemäß § 4 Absatz 1 Satz 1 Produkthaftungsgesetz, wer industriell oder handwerklich als Unternehmer ein Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt tatsächlich herstellt.

b) Quasihersteller

Wer nach außen hin den Eindruck erweckt, er sei selbst der tatsächliche Hersteller, muß sich als Quasihersteller gemäß § 4 Absatz 1 Satz 2 Produkthaftungsgesetz wie der Hersteller behandeln lassen. Regelmäßig geschieht dies dadurch, daß ein Quasihersteller, etwa ein großes Warenhaus, ein Produkt, eine Verpackung oder Begleitgegenstände mit seinem Namen, Warenzeichen, Firmenzeichen oder anderen Identifikationsmerkmalen versieht. Wenn also jemand aus Taiwan importierte Computer als sein eigenes Produkt verkauft, indem er sein Markenzeichen aufklebt, haftet er, als ob er selbst der Hersteller wäre. Der Lizenzgeber ist dagegen kein Quasihersteller. Auch wer ein fremdes Produkt lediglich vertreibt, haftet nicht als Quasihersteller.

c) Importeur

Importeur ist gemäß § 4 Absatz 2 Produkthaftungsgesetz, wer ein Produkt im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit in die EG einführt, um es zu verkaufen, zu vermieten oder einer anderen Form zu vertreiben versucht. Dadurch wird der Endverbraucher davor geschützt, bei Waren aus Nicht-EG-Ländern einen Prozeß in einem dritten Land führen zu müssen.

d) Lieferant

Kann nicht festgestellt werden, wer Hersteller im Sinne des § 4 Absatz 1, Absatz 2 Produkthaftungsgesetzes ist, gilt der Lieferant subsidiär als Hersteller, § 4 Absatz 3 Produkthaftungsgesetz. Zuvor muß der Geschädigte den Lieferanten jedoch auffordern, den tatsächlichen oder Quasihersteller bzw. Importeur zu benennen. Hierfür ist eine zeitliche Schranke von einem Monat gesetzt. Im Regelfall ist daher nicht der Händler, der den Computer oder die Software verkauft hat, ersatzpflichtig, sondern der Hersteller.

3) Rechtsgutsverletzung

Weitere Voraussetzung ist die Verletzung von Leben oder Körper einer Person oder die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache.

Ersatzfähig sind nur Schäden an von dem Produkt verschiedenen, sog. **anderen** Sachen, die ihrer Art nach gewöhnlich für den **privaten** Gebrauch bestimmt und von dem Geschädigten hierzu hauptsächlich verwendet worden sind (§ 1 I Produkthaftungsgesetz). Eine Eigentumsverletzung liegt auch beim Löschen von Daten vor, da der Eigentümer daran gehindert wird, seinem Wunsch entsprechend mit dem Datenträger zu verfahren.

Beispiel: Ein frischgebackener Hauseigentümer steuert alle elektrischen Geräte einschließlich der Heizung per Computer. Die dazu verwendete Steuerungselektronik ist jedoch fehlerhaft, wodurch es zu einer Überlastung der Heizanlage im Winter kommt und ein Brand entsteht, bei dem

- a) die komplette Heizung
 - b) die Steuerungselektronik
 - c) das gesamte Haus
- zerstört wird. Er fordert Schadensersatz.

4) Durch Produkt

a) Software

§ 2 Produkthaftungsgesetz verlangt als Produkt eine bewegliche Sache. Wie bei der Anwendung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts ist auch hier die Sacheigenschaft von Software umstritten. Ein Teil der Literatur lehnt die Produkteigenschaft von Computersoftware ab, da es im Produkthaftungsgesetz um Gefahren gehe, die von der Körperlichkeit der Sache ausgingen, nicht aber von der Information, die in der Sache verkörpert sei. Die entgegengesetzte Ansicht zieht die Entscheidung des BGH zur Sacheigenschaft der Software nach § 90 BGB heran.

b) Raubkopien

Ob jemand zur Nutzung eines Computerprogramms berechtigt ist, ist im Rahmen des Produkthaftungsgesetzes irrelevant. Für das Inverkehrbringen von Software reicht es aus, daß der Unternehmer sie einem anderen in dessen Verfügungsmacht oder zu dessen Gebrauch übergeben hat. Die Versendung an den Abnehmer genügt dabei.

Nun wird zum einen die Ansicht vertreten, daß die Übergabe freiwillig, das heißt mit Wissen und Wollen des Unternehmers, geschehen sein muß. Gestohlene Sachen bzw. Raubkopien würden demnach nicht der Produkthaftung unterliegen.

Nach anderer Meinung kann diese Wertung nicht aufrechterhalten werden:

Stiehlt beispielsweise jemand unmittelbar beim Hersteller ein Feuerzeug und explodiert dieses dann bei der Benutzung in einer vollbesetzten Straßenbahn oder in der Hand eines Gutgläubigen, so kann der Hersteller nicht ausgerechnet deswegen haftungsfrei sein, weil der Dieb zufällig ein defektes Exemplar gestohlen hat. Abzustellen ist jeweils auf die unschuldigen Opfer, die einen verschuldensunabhängigen Anspruch gegen den Hersteller haben.

Gleiches muß auch für Software gelten, da auch Raubkopien meist aus einer legalen Kopie hergestellt werden, die bereits längst in Verkehr gebracht wurde. Anknüpfungspunkt ist der Moment des Inverkehrbringens und nicht der urheberrechtlich dominierte Begriff der Raubkopie.

5) Mit Fehler

Es werden drei Fehlerkategorien unterschieden: Konstruktionsfehler, Fabrikationsfehler und Instruktionsfehler.

Erstere treten bei fehlerhafter Planung auf und haben zur Folge, daß das Produkt für eine gefahrlose Nutzung ungeeignet ist und haften einer ganzen Serie des Produkts an.

Fabrikationsfehler haften demgegenüber nur einem einzelnen Exemplar an und treten bei der Herstellung auf. Auch sogenannte Ausreißer, die trotz aller zumutbarer Vorkehrungen nicht zu vermeiden sind, gehören dieser Gruppe an. In der Praxis treten z.B. im Bereich der Software Kopierfehler, Übertragungsfehler oder bei der Vervielfältigung mit Viren verseuchte Produkte auf.

Findet schließlich nur eine ungenügende Warnung vor Eigenschaften eines ansonsten fehlerfreien Produkts statt oder liegt eine mangelhafte Gebrauchsanleitung bei, so handelt es sich um einen Instruktionsfehler. Beispielsweise kann hier ein Fehler in der Online-Hilfe eines Computerprogramms angeführt werden oder der fehlende Hinweis auf die Gefahr eines Datenverlusts bzw. der Verweis auf eine durchzuführende Datensicherung.

6) Kein Haftungsausschluß

Die Haftung nach dem ProdHaftG ist zwar verschuldensunabhängig als Gefährdungshaftung ausgestaltet, jedoch kann sich der Hersteller nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG ausnahmsweise entlasten, wenn er i.S.d. § 1 Abs. 4 S. 2 ProdHaftG nachweist, daß der Fehler im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts zwar vorhanden war, er aber nach dem seinerzeitigen Stand der Wissenschaft und Technik nicht erkannt werden konnte. Betroffen sind allerdings nur Konstruktions-, nicht jedoch Fabrikationsfehler, da Ausreißer gerade nicht der Haftung entzogen werden sollen.

Ausgeschlossen ist die Haftung auch nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 ProdHaftG, wenn der Hersteller das Produkt weder für den Verkauf oder eine andere Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck, noch im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit hergestellt hat.

7) Haftungsumfang

Der ersatzfähige Schaden bemißt sich nach §§ 249 ff. BGB, wobei jedoch weder ein reiner Vermögensschaden ersetzt wird, noch Schmerzensgeld gezahlt wird. Zu beachten ist auch der Selbstbehalt von 1125 DM bei Sachschäden sowie der Höchstbetrag bei Personenschäden in Höhe von 160 Millionen DM, § 10 Abs. 1 ProdHaftG.

8) Verjährung

Die Verjährungsfrist beträgt nach § 13 ProdHaftG 10 Jahre ab dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens, was im Vergleich zu den 30 Jahren im Deliktsrecht eine Einschränkung darstellt. § 12 ProdHaftG entspricht hingegen § 852 BGB, wonach die für die Verjährung ein Zeitraum von 3 Jahren ab Kenntniserlangung maßgeblich ist.

IV) Deliktische Produzentenhaftung § 823 BGB:

Neben der verschuldensunabhängigen Haftung nach dem ProdHaftG bleibt die Haftung nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung nach § 823 I BGB gem. § 15 Abs. 2 ProdHaftG bestehen. Für die verschuldensabhängige Haftung gelten für das Inverkehrbringen und Produzieren eines fehlerhaften Produkts die obigen Ausführungen entsprechend.

Einen Unterschied gibt es bei der Rechtsgutverletzung, da nicht nur Sachen von **privaten** Verbrauchern im Schutzbereich von § 823 I BGB enthalten sind. Ganz entscheidend im Rahmen der Produzentenhaftung des § 823 I BGB ist die Beweislastumkehr für das Verschulden. Der Hersteller, nicht wie sonst der geschädigte Anspruchsteller, muß beweisen, daß ihn an dem Fehler kein Verschulden trifft.

Neben Konstruktionsfehlern, Fabrikationsfehlern und Instruktionsfehlern sind im Rahmen der Produkthaftung noch Verstöße gegen die Produktbeobachtungspflicht von Bedeutung. Danach entsteht für den Hersteller nach dem Inverkehrbringen eine Pflicht zur Instruktion oder Warnung, wenn das hergestellte Produkt – auch in Verbindung mit Fremdprodukten und Zubehör – vorläufig unerkannte schädliche Eigenschaften aufweist oder eine Gefahr bei der Verwendung bekannt wird. In Einzelfällen kann sich sogar eine Pflicht zum Rückruf oder zum Austausch fehlerhafter Teile des Produkts ergeben.

Beispiel: Das Cache-Programm SMARTDRV.SYS von Windows 3.0 und das Programm CHKDSK.COM der MS-DOS Versionen 4.01 und 5.0 führten bei bestimmungsgemäßem Gebrauch in Verbindung mit größeren Festplatten zu Datenverlusten, was sich erst nach dem Inverkehrbringen herausstellte. Microsoft erteilte dann in allen wichtigen Computerzeitschriften eine entsprechende Information zur Aufklärung der Anwender.

C) Schluß:

Ausblick Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Am 09.05.2001 wurde die Gesetzesinitiative der Bundesregierung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz beschlossen (der Entwurf ist als mail über das Bundesjustizministerium zu erhalten). Geplant ist, zum 01.01.2002 das Schuldrecht im BGB umfangreich zu ändern, insbesondere das Verjährungsrecht, das Gewährleistungsrecht sowie das Recht der Leistungsstörungen.

Das Skriptum wird zu gegebener Zeit umgehend aktualisiert werden.



D) Kontrollfragen

Frage 1:

Welcher Vertrag ist (nach der Rechtsprechung) bei der entgeltlichen Überlassung von Standardsoftware regelmäßig gegeben?

Frage 2:

Welcher Vertrag ist bei der entgeltlichen Herstellung von Individualsoftware gegeben?

Frage 3:

Welcher Vertrag liegt vor beim Kauf eines „Systems“ aus Hardware und Softwarepaket?

Frage 4:

Definieren Sie:

→ Fehler iSd. § 459 I BGB

→ Zusicherung iSd. § 459 II BGB

→ Eigenschaft

Frage 5:

Welche Sekundäransprüche kennen Sie im Kaufvertragsrecht gem. §§ 459 ff. BGB?

Frage 6:

Gibt es auch Schadensersatz für Mangelfolgeschäden im Kaufvertragsrecht?

Frage 7:

Was ist der Inhalt eines „Web-Hosting-Vertrages“?

Frage 8:

Was sind sogenannte „Content-Provider“?

Frage 9:

Welcher Vertrag wird mit einem E-Mail-Diensteanbieter regelmäßig geschlossen?

Frage 10:

Nennen Sie „Hersteller“ iSd. ProdHaftG!

Frage 11:

Gibt es gem. § 1 I ProdHaftG auch Schadensersatz für einen Schaden am Produkt selbst?

Frage 12:

Ist es relevant, ob jemand zur Nutzung eines Computerprogramms berechtigt ist, wenn der Schadensersatzanspruch nach § 1 I ProdHaftG geltend machen will?

Frage 13:

Ist neben dem ProdHaftG noch der „klassische“ Anspruch des § 823 I BGB anwendbar?



E. Antworten

Antwort 1:

Kaufvertrag

Antwort 2:

Werkvertrag

Antwort 3:

Kaufvertrag

Antwort 4:

Fehler: Jede Abweichung der Istbeschaffenheit von der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit, durch die der Wert oder der Gebrauchszweck mehr als nur unerheblich beeinträchtigt werden.

Antwort 5:

Wandelung, Minderung, Schadensersatz

Antwort 6:

Der gesetzliche Schadensersatzanspruch (§ 463 BGB) ist nur für Mangelschäden einschlägig. Für Mangelfolgeschäden ist die Anspruchsgrundlage der gewohnheitsrechtlich anerkannte Anspruch aus „pVV“.

Antwort 7:

Bei „Web-Hosting-Verträgen“ überlässt der Anbieter dem Kunden für die Dauer des Vertrages einen Teil des Plattenspeichers eines seiner Server für eigene Zwecke und sorgt für den Datentransfer im Falle eines Abrufs der Web-Seite.

Antwort 8:

„Content – Provider“ bieten im Internet eigene Inhalte an oder vermitteln den Zugang zu fremden Inhalten, z.B. Online-Informationdiensteanbieter von Datenbanken oder auch Versandhäuser, die ihre Ware im Internet anbieten.

Antwort 9:

Werkvertrag

Antwort 10:

Hersteller ist gem. § 4 ProdHaftG:

- wer industriell oder handwerklich als Unternehmer ein Produkt „herstellt“
- wer nach außen hin den Eindruck erweckt, er sei der tatsächliche Hersteller („Quasihersteller“)
- der Importeur
- subsidiär: der Lieferant

Antwort 11:

Nein! Gem. § 1 I 2 ProdHaftG gibt es für Sachbeschädigung nur Schadensersatz für Schäden an einer „anderen“ (privat genutzten!) Sache.

Antwort 12:

Nach der Rechtsprechung ist es irrelevant!

Antwort 13:

§ 1 I ProdHaftG und § 823 I BGB sind nebeneinander anwendbar.

Skript zum IT-Kompaktkurs

Wirtschafts- und Multimediarecht: Folge 12: Urheberrecht

Prof. Dr. Ralf Krämer, FH Amberg-Weiden

Gliederung:

1. Einteilung der Schutzrechte
2. Das Urheberrecht
3. Das Werk als Gegenstand des Urheberrechts
4. Bearbeitung und freie Benutzung
5. Schranken des Urheberrechts
6. Rechtsfolgen einer Urheberrechtsverletzung
7. Verwertungsgesellschaften

Literaturhinweise:

1. Jeder Student benötigt einen Gesetzestext zum Urheberrecht (z.B. dtv), den er auch bei der Abschlussklausur benutzen kann. Der Gesetzestext darf unterstrichen oder mit farbigen Stiften gekennzeichnet werden. An den Rand dürfen Verweise auf andere Paragraphen geschrieben werden. Unzulässig ist es jedoch, Wörter oder Aufbauschemata in den Gesetzestext aufzunehmen.

2. Lehrbücher:

Wenzel, Karl Egbert / Burkhardt, Emanuel: Urheberrecht für die Praxis

Rehbinder, Manfred: Urheberrecht

Enders, Theodor: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht und Medienrecht

1. Einteilung der Schutzrechte

Um zu sehen, in welchem Bereich das Urheberrecht angesiedelt ist, soll zunächst ein Blick auf die verschiedenen Schutzrechte gerichtet werden. Sie lassen sich unterteilen in Schutzrechte für technische Leistungen und nicht-technische Leistungen.

Technische Leistungen:

Patentrecht	Patente sind beim Deutschen Patentamt (DPA) in München anzumelden. Die Schutzdauer beträgt 20 Jahre. Gegenstand sind „Erfindungen die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.“
Gebrauchsmusterschutz	Gebrauchsmuster sind ebenfalls beim DPA anzumelden. Die Schutzdauer beträgt 3 Jahre (auf 10 Jahre verlängerbar). „Kleines Patent“. <u>Besonderheit</u> : kein Schutz für Verfahren, keine sachliche Prüfung durch das Patentamt (erst in einem gerichtlichen Verletzungsprozess wird geprüft, ob die Voraussetzungen für einen Gebrauchsmusterschutz bestehen)
Halbleiterschutz	Der Schutz erfolgt durch Anmeldung beim DPA. Die Schutzdauer beträgt 10 Jahre. Gegenstand sind Halbleiter und Mirco-Chips.

Nicht-technische Leistungen:

Urheberschutz	Es ist keine Anmeldung erforderlich, die Prüfung erfolgt im Verletzungsprozess. Die Schutzdauer beträgt 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Geschützt werden persönliche geistige Schöpfungen auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst.
Geschmacksmusterschutz	Der Schutz besteht für Muster und Modelle und geschieht durch Niederlegung einer Fotografie beim DPA. Die Schutzdauer beträgt 1 – 3 Jahre (auf 15 Jahre verlängerbar). Die Prüfung erfolgt in einem Verletzungsprozess.
Schriftzeichenschutz	Schriftzeichen sind wie Geschmacksmuster schutzfähig. Es sind beim DPA 3 Zeilen zu hinterlegen. Die Schutzdauer beträgt 10 Jahre (auf 25 Jahre verlängerbar).

Von den oben genannten technischen und nicht-technischen Schutzrechten zu trennen ist der sogenannte wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz, der Kennzeichenschutz und der Titelschutz.

Der **wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz** ergibt sich aus § 1 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). Danach sind sittenwidrige Wettbewerbshandlungen unzulässig. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich aus verschiedenen Fallgruppen. So ist eine „unmittelbare Leistungsübernahme“ verboten (Beisp.: fotomechanischer Nachdruck eines urheberrechtliche nicht geschützten Werkes). Gleiches gilt für die sogenannte „Herkunftstäuschung“ (Beisp.: Tschibo vertreibt Uhren, die wie Rolex-

Uhren aussehen). Neue Modeschöpfungen genießen für eine Saison ebenfalls Schutz nach § 1 UWG. Wer sittenwidrige Handlungen vornimmt, kann auf Unterlassung oder Schadensersatz verklagt werden. Voraussetzung ist hier also nicht die Beeinträchtigung eines besonderen Leistungsschutzrechtes.

Ein **Kennzeichenschutz** soll Verwechslungen im Interesse des Kunden und des Wettbewerbers vermeiden. Der Wettbewerber soll seine Waren oder Leistungen nicht unter falscher Flagge verkaufen. Neben dem Schutz des Namens (§ 12 BGB) und der Firma (§ 37 HGB) ist hier besonders der Schutz nach dem Markengesetz von Bedeutung. Nach § 3 MarkenG ist es möglich, Zeichen („M“ von Mc Donalds, Shell-Muschel), Wörter, Personennamen (Diana), Abbildungen, Zahlen (4711), Hörzeichen, Verpackungen einschliesslich Farben oder Farbzusammenstellungen (Maggi) als Marke schützen zu lassen, sofern sie geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Voraussetzung für den Markenschutz ist aber die Eintragung beim DPA (§ 4 MarkenG).

Schliesslich gibt es einen **Titelschutz** nach § 5 Abs. 3 MarkenG bei Zeitschriften („Der Spiegel“, „Focus“), Filmwerken („High Noon“, „Star Wars“), Tonwerken und Software-Titeln. Der Schutz beginnt mit der Ingebrauchnahme des Titels oder nach Veröffentlichung des Titels im Titelschutzanzeiger wenn ein Erscheinen des Werks innerhalb von 6 Monaten erfolgt.

2. Das Urheberrecht

Das Urheberrecht entsteht kraft Gesetz. Es muss nirgendwo beantragt werden, auch ein Zusatz („Alle Rechte vorbehalten“) ist nicht erforderlich. Dem Urheber stehen zahlreiche Rechte zu, die sich in 3 Hauptgruppen einteilen lassen.

a) Spezifisch urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse

Der Urheber kann selbst entscheiden, ob er sein Werk Veröffentlicht oder nicht (§ 12 UrhG, Veröffentlichungsrecht). Er hat ein Recht darauf, dass er als Urheber des Werkes genannt wird (§ 13 UrhG, Anerkennung der Urheberschaft). Schliesslich hat er das Recht, Entstellungen seines Werkes zu verbieten (§ 14 UrhG, Entstellung des Werkes).

b) Verwertungsrechte

Der Urheber hat drei körperliche und vier unkörperliche Verwertungsrechte.

aa) Bei den körperlichen handelt es sich zum einen um das Recht Vervielfältigungsstücke von seinem Werk herzustellen, was auch die Erstellung von Bild- oder Tonträgern beinhaltet (§ 16 UrhG, Vervielfältigungsrecht). Ferner hat der Urheber das Recht sein Werk oder Vervielfältigungsstücke in der Öffentlichkeit zu verbreiten und zu vermieten (§ 17 UrhG, Verbreitungsrecht) und er hat das Recht sein Werk auszustellen (§ 18, Ausstellungsrecht)

bb) Die unkörperlichen Verwertungsrechte werden in die sogenannten Erst- und Zweitverwertungsrechte eingeteilt. Zu den Erstverwertungsrechten zählt das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19 UrhG) sowie das Senderecht (§ 20 UrhG). Bei den Zweitverwertungsrechten ging bereits eine Erstverwertung voraus. Zu den Zweitverwertungsrechten zählt die Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21 UrhG). Sie setzt voraus, dass das Werk nach § 16 Abs. 2 UrhG vervielfältigt wurde. Ein weiteres Zweitverwertungsrecht ist die Wiedergabe von Rundfunksendungen durch Bildschirm oder Lautsprecher (§ 22 UrhG), was die Ausübung des Senderechts voraus setzt.

c) Sonstige Rechte

Schliesslich hat der Urheber, wenn er das Werk veräussert hat, ein Zugangsrecht zu seinem Werk (§ 25 UrhG), bei Weiterveräusserung eines Kunstwerkes durch einen Kunsthändler ist er am Erlös zu beteiligen (§ 26 UrhG, Folgerecht) und er kann von einem Vermieter eine Vergütung für die Vermietung oder das Verleihen von Bild- oder Tonträgern verlangen (§ 27 UrhG).

Die Bedeutung der dem Urheber zustehenden Rechte liegt insbesondere darin, dass es ohne seine Zustimmung nicht zulässig ist, Verwertungen des Werkes vorzunehmen. So darf ein Theaterstück nicht ohne Zustimmung des Urhebers aufgeführt werden (§ 19 UrhG). Falls er einer Aufführung zugestimmt hat, darf die Aufführung nicht aufgezeichnet werden (§ 16 Abs. 2 UrhG). Falls er nur der Aufzeichnung zugestimmt hat, darf diese nicht gesendet werden (§ 20 UrhG).

Die Rechte des Urhebers unterliegen jedoch einigen Schranken (vgl. auch unten Punkt 5). Zu erwähnen ist zum einen, dass das Urheberrecht 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers erlischt. Ferner gilt das UrhG räumlich nur in der Bundesrepublik Deutschland. Deutsche im Ausland sind durch das ausländische Urheberrecht geschützt, das meist ähnliche Rechte vorsieht, insbesondere, wenn der ausländische Staat den internationalen Abkommen RBÜ oder WUA beigetreten ist. Die RBÜ (Revidierte Berner Übereinkunft von 1908) und das WUA (Welturheberrechtsabkommen von 1952) haben zum einen die Inländergleichbehandlung fest geschrieben und zum anderen einige Mindeststandards an Urheberrechten fest gelegt.

3. Das Werk als Gegenstand des Urheberrechts

a) Der Werksbegriff im allgemeinen

Nach § 1 UrhG werden Werke auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst durch das Urhebergesetz geschützt. Der Begriff des Werkes ist von zentraler Bedeutung für das Urheberrecht. Wird die Werksqualität nicht erreicht, gibt es keinen Schutz nach dem Urhebergesetz. § 2 Abs. 2 UrhG definiert Werke als persönliche geistige Schöpfungen.

Wesensmerkmale des Werkes:

es muss neu sein	eventuell reicht eine Bearbeitung eines vorhandenen Werkes für einen eigenen Urberschutz
es muss eine gewisse Eigentümlichkeit aufweisen (Schöpfungshöhe)	generell sind keine zu hohen Anforderungen an die Schöpfungshöhe zu stellen; eine sog. „kleine Münze“ genügt
es muss eine persönliche Leistung sein (gewisses Mass an Individualität)	technische Leistungen, bei denen nur die Naturgesetze angewendet werden, genießen keinen Schutz

Für den Begriff des Werkes sind noch folgende Punkte zu beachten:

- Bei einem Bericht über tatsächliche Geschehnisse wird nur die äussere Form, nicht der Inhalt geschützt (Beisp.: jeder darf einen Film über den Untergang der Titanic drehen; jeder darf über einen Bankraub berichten). Dagegen sind erfundene Geschichten (Romane) auch bezüglich des Inhalts geschützt.
- Bei alltäglichen Gegenständen (Stuhl, Tisch, Vase) kann der Begriff des Werkes erfüllt sein, wenn eine besondere Kreativität vorliegt (grössere Anforderungen an die Schöpfungshöhe)
- Eine Bedienungsanleitung für ein technisches Gerät, die lediglich sachlich formuliert ist, genießt keinen Urberschutz. Etwas anderes gilt, wenn Skizzen oder Fotos enthalten sind, da dann wegen Linienführung und Perspektive eine ausreichende Individualität vorliegt.

b) Der Katalog der geschützten Werke (§ 2 Abs. 1 UrhG)

In § 2 Abs. 1 UrhG werden verschiedene Werke genannt, die Urberschutz genießen, soweit der oben erwähnte allgemeine Werksbegriff erfüllt ist.

Darunter zählen:

Nr. 1: Sprachwerke, einschliesslich Computerprogramme	- Einzelne Wörter sind nicht geschützt, weil sie kein Werk darstellen (Schutz über § 3 MarkenG möglich!). - Werbeslogans nur, wenn sie eine eigenschöpferische Formgebung aufweisen (z.B. Reimform; ansonsten § 3 MarkenG) - Adress-, Telefonbücher: geschützt ist nur die Auswahl und die Anordnung der Daten. Eine andere Anordnung (z.B. bei einem Hotelführer ist möglich) - Bei Reportagen ist nur die äussere Form geschützt, nicht der Inhalt
Nr. 2: Musikwerke	- ab 4 Tönen - schöpferische Eigentümlichkeit muss nicht sehr hoch sein; es genügt die neue Instrumentierung eines nicht geschützten Werkes
Nr. 3: Pantomime, Tanzkunst	- nur, wenn dadurch ein Gedankeninhalt zum Ausdruck kommt - nicht für Schritte oder Figuren eines Gesellschaftstanzes

Nr. 4: bildende Kunst, angewandte Kunst, Baukunst	- <u>bildende Kunst</u>: Malerei, Bildhauerei, Plastik: nur das konkrete Werk, nicht eine Stilrichtung oder Technik (<u>Ausnahme</u>: unverwechselbare Comic-Figuren mit charakteristischen Verhaltensweisen wie Asterix und Obelix oder Walt Disney-Figuren) - <u>angewandte Kunst</u>: Juwelier, Schreiner, Bronze- statuen: bei Gebrauchsgegenständen des tägl. Lebens ist Schöpfungshöhe meist nicht erreicht; Schutz als Geschmacksmuster mögl. - <u>Baukunst</u>: jedes Gebäude (Wohnhaus, Schulen, Rathaus), soweit individuelles ästhetisches Schaffen (Baukörperform, Lichtführung, Fensteranordnung)
Nr. 5: Lichtbildwerke	- Photographien mit Werkcharakter - Normale Urlaubs- oder Familienfotos sind nur Lichtbilder, die einen geringeren Schutz genießen
Nr. 6: Filmwerke	- eine Verfilmung baut auf vorbestehenden Werken auf (z.B. Drehbuch) - schöpferische Leistung ist die Kombination der Szenen, Musik und Dialoge - Urheber ist in der Regel der Regisseur
Nr. 7: Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art	- keine besonderen Anforderungen an die Schöpfungshöhe („kleine Münze“ reicht) - Baupläne, Bestellformulare

4. Bearbeitung und freie Benutzung

a) Bearbeitung (§§ 3, 23 UrhG)

Nach § 3 UrhG darf jedes geschützte Werk bearbeitet werden, mit der Folge, dass an der Bearbeitung ein neues Urheberrecht des Bearbeiters entsteht. Unter Bearbeitung ist dabei eine Umgestaltung zu verstehen, die ihrerseits ein neues Werk, also eine persönlich geistige Schöpfung darstellt. Das ist beispielsweise bei einer Übersetzung gegeben oder wenn aus einem Roman ein Theaterstück bzw. aus einem Theaterstück ein Filmdrehbuch geschrieben wird.

Allerdings ist eine Veröffentlichung oder Verwertung der Bearbeitung nach § 23 UrhG nur mit Zustimmung des Urhebers des Erstwerkes zulässig. Bei Filmen und Werken der bildenden Kunst ist sogar schon für die Bearbeitung die Einwilligung des früheren Urhebers erforderlich (§ 23 S. 2 UrhG).

b) Freie Benutzung (§ 24 UrhG)

Bei einer freien Benutzung handelt es sich ebenfalls um eine Umgestaltung eines früheren Werkes. Im Gegensatz zur Bearbeitung ist hier eine Veröffentlichung oder Verwertung auch ohne Zustimmung des früheren Urhebers möglich. Die freie Benutzung ist die höchste Stufe der Bearbeitung. Bei ihr treten die Wesenszüge des Ur-

sprungswerkes völlig zurück. Kennzeichnend ist eine hohe Qualität der Neuschöpfung. Entscheidend ist dabei auch die Gestaltungshöhe der Vorlage. Je auffallender die Eigenart des Ursprungswerkes ist, um so weniger wird diese in dem neuen Werk verblassen.

Ein Beispiel für die freie Benutzung ist die Parodie. Hier wird eine hohe Qualität der Neuschöpfung erreicht. Bei Melodien ist eine freie Benutzung unzulässig (§ 24 Abs. 2 UrhG, „starrer Melodienschutz“). Deshalb ist es nicht möglich, ohne Zustimmung des früheren Urhebers ein geschütztes klassisches Stück in eine Beat- oder Rapp-Version umzuwandeln. Falls die hohe Stufe der freien Benutzung nicht erreicht wird, ist ein Vorgehen des früheren Urhebers nach § 14 UrhG (Entstellung des Werkes) vorstellbar.

5. Schranken des Urheberrechts

Neben den unter Punkt 2 erwähnten zeitlichen und räumlichen Schranken, gibt es zahlreiche inhaltliche Schranken des Urheberrechts. Diese werden unterteilt in Schranken zu gunsten der Allgemeinheit, der Medien, der Gerichte/ Behörden/ Kirchen/ Schulen und bestimmter Branchen.

a) Schranken zu gunsten der Allgemeinheit

Bei den Schranken zu gunsten der Allgemeinheit ist das Zitierrecht, das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht zur Vervielfältigung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch zu erwähnen.

aa) Zitierrecht

Bei den Zitaten lassen sich folgende Formen unterscheiden:

Grosszitat (§ 51 Nr. 1 UrhG)	Liegt vor, wenn ein Werk vollständig zitiert wird. <u>Beisp.</u> : Gedicht, Zeitungsartikel, Lichtbildwerk, Foos von Gemälden <u>Ziel</u> : Erläuterung des Inhalts des zitierten Werkes <u>zulässig</u> , nur in wissenschaftlichen Werken, wobei eine populärwissenschaftliche Fernsehsendung ausreicht.
Kleinzitat (§ 51 Nr. 2 UrhG)	Liegt vor, wenn Stellen eines Werkes angeführt werden (regelmässig nur 1 – 2 Sätze). <u>Ziel</u> : Erläuterung des fremden Werkes oder Beleg für die eigene Darstellung <u>Unzulässig</u> , wenn kein Bezug zur eigenen Darstellung besteht (z.B. bei einem Film wird ein Lied nur deshalb verwendet, weil es dazu passt, ohne Zitat Zweck)
Musikzitat (§ 51 Nr. 3 UrhG)	Liegt vor, wenn einzelne Stellen eines Musikstücks in einem anderen Musikstück verwendet werden. <u>Beisp.</u> : Wallhall Motiv von Richard Wagner, 4 Takte des Trauermarsches von Beethoven <u>Unzulässig</u> sind Übernahmen grösserer Teile (§ 24 Abs. 2 UrhG, „starrer Melodienschutz“)

Bildzitat (keine Regelung)	Liegt vor, wenn Abbildungen oder Karikaturen übernommen werden. <u>Zulässig</u> in wissenschaftlichen Werken; in anderen nur ausnahmsweise, wenn es der Auseinandersetzung mit der Abbildung dient (<u>Beisp.</u> : in einer Fernsehsendung wird ein Werbeplakat angegriffen)

bb) Öffentliche Wiedergabe

Nach § 52 UrhG ist die öffentliche Wiedergabe eines erschienenen Werkes unter gewissen Voraussetzungen auch ohne Zustimmung des Urhebers möglich. Soweit diese Grenzen eingehalten werden, kann ein Musikstück oder Gedicht vorgetragen werden oder ein Zeitungsartikel vorgelesen werden. Die öffentliche Wiedergabe ist nur zulässig, wenn nachfolgende Voraussetzungen alle erfüllt werden:

- der Veranstalter erfüllt keinen Erwerbszweck
- die Teilnehmer zahlen kein Entgelt
- der vortragende Künstler erhält keine Vergütung

Dabei ist das Merkmal „Erwerbszweck des Veranstalters“ weit zu sehen. Es ist bereits unzulässig, wenn ein Musikstück oder Gedicht in einem Kaufhaus oder Hotel vorgetragen wird, da in diesen Fällen die Wiedergabe mittelbaren Erwerbszwecken dient.

Die öffentliche bühnenmässige Aufführung oder Fernsehsendung sowie die öffentliche Vorführung eines Filmwerkes sind stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig (§ 52 Abs. 3 UrhG)

cc) Vervielfältigung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch

Schliesslich sieht § 53 Abs. 1 UrhG vor, dass zum **privaten Gebrauch** (Verwendung nur in der privaten Sphäre, z.B. Party mit geladenen Gästen) einzelne Stücke eines Werkes (regelmässig nicht mehr als 7 Stück) hergestellt werden dürfen. So könnte ein Sketch mit maximal 7 Kopien auf einer Party oder Hochzeit aufgeführt werden.

Auch zum **sonstigen eigenen Gebrauch** dürfen in den Fällen des § 53 Abs. 2 UrhG Vervielfältigungsstücke hergestellt werden. Für den Sonderfall des Unterrichts an Schulen trifft § 53 Abs. 3 UrhG eine Regelung.

In allen Fällen (§ 53 Abs. 1 – 3 UrhG) sind jedoch die **Schranken** von § 53 Abs. 4 – 7 und § 54 UrhG zu beachten. Nach § 53 Abs. 4 UrhG darf ein Buch oder eine Zeitschrift nicht im wesentlichen vollständig vervielfältigt (z.B. kopiert) werden (Ausnahme: abschreiben oder Werk ist seit mindestens 2 Jahren vergriffen). Einschränkungen gelten auch für Datenbanken (§ 53 Abs. 5 UrhG). Die Vervielfältigungen dürfen nicht verbreitet oder öffentlich wiedergegeben werden (§ 53 Abs. 6 UrhG). Zudem dürfen öffentliche Vorträge oder Aufführungen (z.B. Konzerte / Theaterstücke) immer nur mit Einwilligung des Berechtigten aufgezeichnet werden. Selbst wenn eine Vervielfältigung nach § 53 UrhG ohne Einwilligung des Berechtigten möglich ist, so muss trotzdem an ihn eine Vergütung bezahlt werden (§ 54 UrhG). Dies geschieht pauschal zum einen durch die sogenannte Geräteabgabe bei Kopier- und Tonbandgeräten sowie Videorekordern, zum anderen durch die Leerkassettenabgabe bei Video-

und Audiokassetten. Deshalb muss für die einzelne konkrete Vervielfältigung keine Abgabe mehr entrichtet werden.

b) Schranken zu gunsten der Medien

Das Urhebergesetz sieht weitere vier Schranken zu gunsten der Medien vor:

Öffentliche Reden (§ 48 UrhG)	Reden über Tagesfragen, die bei öffentlichen Versammlungen gehalten werden, dürfen in Zeitungen oder Zeitschriften vervielfältigt / verbreitet werden
Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare (§ 49 UrhG)	einzelne Kommentare aus Rundfunk und Zeitungen zu politischen, wirtschaftlichen oder religiösen Tagesfragen (<u>nicht</u> : wissenschaftlich, kulturell, philosophisch) dürfen vervielfältigt / verbreitet werden. <u>Aber</u> : Nicht, wenn sich der Autor seine Rechte vorbehalten hat. Ferner ist eine Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft zu entrichten.
Bild- und Tonberichterstattung (§ 50 UrhG)	beim Bericht über Tagesereignisse dürfen geschützte Werke im Verlauf gezeigt werden. <u>Beisp.</u> : Bericht über eine Feier, in der ein geschütztes Lied gesungen wird oder Tagesereignis wird anhand eines Archivfotos dargestellt
Unwesentliches Beiwerk (§ 57 UrhG)	ähnlich wie § 50 UrhG, jedoch keine Beschränkung auf Tagesereignisse <u>Beisp.</u> : in einem Spielfilm oder in einem Bericht einer Illustrierten wird im Hintergrund eine Galerie mit einem geschützten Bild gezeigt.

c) Schranken zu gunsten der Gerichte, Behörden, Kirchen und Schulen

Sonderregelungen für diesen Bereich enthalten § 45 UrhG (Veröffentlichung von Fahndungsfotos: § 45 Abs. 2 UrhG), § 46 UrhG (Aufnahme von Werken in Schulbücher oder Gesangbücher: Benachrichtigungspflicht (§ 46 Abs. 3 UrhG), Vergütungsanspruch (§ 46 Abs. 4 UrhG)) und § 47 UrhG (Aufzeichnung von Schulfunksendungen).

d) Schranken zu gunsten bestimmter Branchen

Schliesslich gibt es noch Einschränkungen des Urheberrechts zu gunsten von Geschäften, die Rundfunk- und Fernsehartikel verkaufen (§ 56 UrhG) sowie zu gunsten von Galeristen oder Auktionatoren (§ 58 UrhG, Erstellen von Katalogen).

6. Rechtsfolgen einer Urheberrechtsverletzung

Eine Verletzung der Rechte des Urhebers hat sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Folgen. In der Praxis sind die zivilrechtlichen Ansprüche von grösserer Bedeutung.

a) Zivilrechtliche Rechtsfolgen

In § 97 Abs. 1 UrhG sind vier zivilrechtliche Folgen geregelt, nämlich der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung, Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen sowie der Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens bzw. der Herausgabe des vom Verletzter gezogenen Gewinns. Darüber hinaus sieht § 97 Abs. 2 UrhG den Ersatz eines immateriellen Schadens (Schmerzensgeld) vor.

Hinsichtlich des **Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch** ist folgendes zu beachten:

- eine Rechtsverletzung liegt nicht vor, wenn die Handlung durch die Schranken des Urheberrechts gerechtfertigt ist
- der Anspruch steht dem Urheber zu oder demjenigen, dem ein exklusives Nutzungsrecht vom Urheber eingeräumt wurde
- ein Unterlassungsanspruch besteht schon dann, wenn eine Rechtsverletzung drohend bevorsteht
- der Inhaber eines Unternehmens haftet für Verletzungen seiner Arbeitnehmer und Beauftragten (§ 100 UrhG) ebenso wie ein Veranstalter, der organisatorisch und wirtschaftlich verantwortlich ist (Rechtsprechung des BGH)
- nach § 101 UrhG kann der Urheber in gewissen Fällen (z. B. teure Film- oder Buchproduktionen) statt seines Unterlassungsanspruches nur eine Geldabfindung verlangen (Voraussetzungen: Verletzer handelt ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, unverhältnismässig grosser Schaden bei Verletzer, Abfindung für Urheber zumutbar)

Je eigenschöpferischer und bedeutender ein Werk ist, um so grösser ist der Schutzbereich. Bei einfachen Tierformen aus Kristallglas (unter urheberrechtlicher Schutzbereich) liegt keine Verletzung vor, wenn die Nachahmung einen geringen Abstand einhält (immerhin einige Unterschiede vorhanden). Liegt das Werk dagegen am oberen urheberrechtlichen Schutzbereich, so stellen auch Nachahmungen entfernterer Ähnlichkeit eine Urheberrechtsverletzung dar.

Bei dem **Anspruch auf Schadensersatz oder dem Anspruch auf Herausgabe des Gewinns** ist zusätzlich folgendes zu beachten:

- der Verletzer muss vorsätzlich oder fahrlässig handeln (gegeben, wenn nicht geprüft wird, ob die Benutzung des fremden Geistesgutes zulässig ist)
- Berechnung des Schadens: es wird oftmals eine fiktive Lizenzgebühr angesetzt, die GEMA verlangt im Regelfall den doppelten Tarifbetrag
- ein immaterieller Schadensersatz (Schmerzensgeld) kommt bei Verletzungen des Urheberpersönlichkeitsrechts (§§ 12 – 14, 25, 42 UrhG) in Betracht (insbesondere Entstellungen des Werks, keine Urhebernennung, Veröffentlichung gegen den Willen des Urhebers)

In konkreten Fällen haben Gerichte folgende Beträge als Schadensersatz zugestanden:

- für die Herstellung einer Replik der Bronzestatue eines bekannten Künstlers: 20% des Endverkaufspreises
- für den Zeitschriftenabdruck des Liedes „Lilli Marleen“: pro Auflage von 100.000 Stück zwischen DM 200 – 300,-
- für die Verwendung einer Photographie als Vorlage für ein Gemälde: DM 100,-
- für eine Graphik in einem Möbelkatalog (Auflage 44 Mio. Stück): DM 7.000,-
- für die Verwendung einer Photographie in einer Auflagen starken Zeitung: DM 16.000,-

b) Strafrechtliche Rechtsfolgen

Die strafrechtlichen Konsequenzen sind in den §§ 106 bis 111a UrhG normiert. In allen Fällen ist vorsätzliches Handeln erforderlich. Die Strafverfolgung setzt regelmässig einen Antrag des Urhebers voraus (Ausnahme: besonderes öffentliches Interesse). Meist ist vom Urheber der sogenannte Privatklageweg zu beschreiten, d. h. die Anklage wird nicht vom Staatsanwalt, sondern von einem Anwalt des Urhebers vertreten. Der Strafraum reicht von Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren, bei gewerbmässigen Handeln (Kopieren von Filmen, CD-ROM, Produktpiraterie) von Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren.

7. Verwertungsgesellschaften

a) Organisation und Aufgaben

In einigen Fällen hat das Urhebergesetz die Wahrnehmung von Rechten des Urhebers einer Verwertungsgesellschaft übertragen (Beisp.: § 49 Abs. 1 UrhG: Übernahme von Zeitungsartikeln, § 46 Abs. 4 UrhG: Aufnahme von Werken in Schulbücher, § 52 UrhG: Öffentliche Wiedergabe, § 54 h UrhG: Vergütung bei erlaubter Vervielfältigung). Ausserdem können Urheber weitere Rechte den Verwertungsgesellschaften übertragen. Diese nehmen dann die Rechte für den Urheber wahr.

Wichtige Verwertungsgesellschaften sind die GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte), die VG Wort (Verwertungsgesellschaft Wort) und die VG Bild-Kunst).

Die GEMA nimmt in erster Linie die sog. „kleinen Aufführungsrechte“ wahr, d.h. sie macht die Vergütungspflicht geltend, wenn Musik in Restaurants, Kaufhäusern oder bei Festen gespielt wird. Ferner sind Kapellen und Musikgruppen, soweit sie nicht eigene Lieder spielen, abgabepflichtig. Die „grossen Aufführungsrechte“ (szenische Aufführung, Sendung) stehen meist dem Urheber selbst oder seinem Musikverleger zu.

Die VG Wort macht insbesondere die bereits oben erwähnten Rechte geltend, soweit es um die Vervielfältigung und Veröffentlichung von Textbeiträgen geht. Ferner vertritt sie die Urheber bei Vortrags- und Senderechten.

Die VG Bild-Kunst vertritt bildende Künstler, Fotografen und Filmemacher, soweit deren Werke vervielfältigt werden.

Weltweit sind etwa 116 Verwertungsgesellschaften zu CISAC zusammengeschlossen und vertreten sich gegenseitig. Somit ist zumindest theoretisch sicher gestellt, dass ein deutscher Urheber eine Vergütung erhält, wenn sein Werk (z.B. Musikstück) im Ausland verbreitet wird.

b) Das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (WahrnG)

In diesem Gesetz werden die Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften geregelt. So wird zunächst ein Wahrnehmungsvertrag zwischen dem Urheber und der Gesellschaft abgeschlossen. Die Verwertungsgesellschaften erteilen auf Anfrage Auskunft, ob sie die Rechte für ein bestimmtes Werk geltend machen. Die GEMA vertritt über die ausländischen Verwertungsgesellschaften das gesamte musikalische Weltrepertoire. Bei der GEMA gibt es ein umfangreiches Tarifwerk, so zum Beispiel für Musik in Hotels, Gaststätten, bei Kleiderschauen, für Kino- oder Looping-Bahn-Besitzer (Looping-Bahn: ca. DM 500.- pro Jahr).

Veranstalter bei öffentlichen Veranstaltungen müssen die Veranstaltung bei der GEMA anmelden und nachher eine Liste der gespielten Werke übersenden. Die GEMA ist straff gegliedert und verfügt über zahlreiche Aussenstellen, die öffentliche Veranstaltungen überwachen und Hotels, Gaststätten und Kaufhäuser kontrollieren. Der öffentliche Rundfunk muss ebenfalls die von ihm gesendeten Titel melden.

Die Ausschüttung der Einnahmen erfolgt nach einem Verteilungsplan an die Urheber. Dabei orientiert sich die GEMA hauptsächlich an den Plattenverkäufen und der Häufigkeit mit der Lieder in Rundfunksendern gespielt werden. Schliesslich werden die Einnahmen auch noch zwischen den Komponisten und den Textdichtern verteilt.

Skript zum IT-Kompaktkurs

Wirtschafts- und Multimediarecht:

Folge 13: Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Computerstrafrecht

Prof. Dr. Ralf Krämer, FH Amberg-Weiden

Gliederung:

- I. Wettbewerbsrecht
 - 1. Einteilung des Wettbewerbsrechts
 - 2. Generalklausel § 1 UWG
 - 3. Rechtsfolgen bei Verstoss gegen § 1 UWG
 - 4. Sondertatbestände: §§ 14 – 18 UWG
 - 5. Sondertatbestände: §§ 2 ff UWG
- II. Markenrecht
 - 1. Schutzzfähigkeit von Marken
 - 2. Einschränkungen
 - 3. Entstehen des Markenschutzes
 - 4. Inhalt des Markenrechts
 - 5. Ansprüche bei Markenverletzung
- III. Computerstrafrecht
 - 1. Materiell zu beachtendes Recht
 - 2. Haftung für Inhalte
 - 3. Umfang der Haftung

Literaturhinweise:

- 1. Jeder Student benötigt den Gesetzestext zum UWG (Gesetz gegen den unlauteren und Markengesetz (z.B. dtv), den er auch bei der Abschlussklausur benützen kann. Der Gesetzestext darf unterstrichen oder mit farbigen Stiften gekennzeichnet werden. An den Rand dürfen Verweise auf andere Paragraphen geschrieben werden. Unzulässig ist es jedoch, Wörter oder Aufbauschemata in den Gesetzestext aufzunehmen.

- 2. Lehrbücher:

Ernst Führich: Wirtschaftsprivatrecht (9. Kapitel: Wettbewerbsrecht)

Wolfgang Berlitz: Das neue Markenrecht

Claudius Marx: Deutsches und europäisches Markenrecht

Enders, Theodor: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht und Medienrecht

I. Wettbewerbsrecht

1. Einteilung des Wettbewerbsrechts

Ziel des Wettbewerbsrechts ist es sicherzustellen, dass im Geschäftsleben ein funktionsfähiger, fairer Wettbewerb herrscht. Hier sind zwei Aspekte zu beachten: zum einen soll der Wettbewerb nicht durch Absprachen (Preisabsprachen, Gebietsabsprachen) zwischen Anbietern beschränkt werden. Dazu gibt es entsprechende Regelungen im GWB Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, auch Kartellgesetz genannt, und im EG-Vertrag (Art. 81 ff EGV). Zum anderen sollen einzelne Wettbewerbsmassnahmen fair im Hinblick auf Mitbewerber und Verbraucher sein. Hierzu enthält das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verschiedene Bestimmungen. Im folgenden wollen wir uns mit dem UWG befassen, das man als Wettbewerbsrecht im engeren Sinn bezeichnet.

2. Generalklausel (§ 1 UWG)

Nach § 1 UWG ist es verboten, im geschäftlichen Verkehr, zu Zwecken des Wettbewerbs gegen die guten Sitten zu verstossen. Zu der Frage, was denn gegen die guten Sitten verstösst, hat die Rechtsprechung fünf Fallgruppen gebildet. Unzulässig ist

- der sog. Kundenfang
- eine Behinderung des Mitbewerbers
- eine Ausbeutung fremder Leistungen
- der Rechtsbruch
- und eine Marktstörung

a) Kundenfang

Beim Kundenfang wird die freie Willensentscheidung des Kunden beeinträchtigt oder ausgeschlossen. Das kann geschehen durch

- irreführende Werbung (falsche Angaben zu Produkt oder Unternehmen, hervorrufen von Verwechslungen, versteckte Werbefahrt)
- Einsatz psychischer Mittel (moralischer Druck bei Werbegeschenken, Vertreterbesuche bei Prospektanforderung)
- Belästigung (aufdringliche Strassenwerbung, Telefonwerbung)
- Verlockung mit Vorteilen (kostenlose Kundenbeförderung)
- Ausnutzen der Spiellust (Preis ausschreiben gekoppelt mit Warenabsatz, Aufsuchen des Geschäfts oder Abholen des Gewinns im Geschäft)
- Gefühlsausnutzung (Werbung mit Behinderten, falsche Blindenware)

b) Behinderung des Mitbewerbers

Die zweite Fallgruppe ist die Behinderung des Mitbewerbers. Sie kann z.B. in Form einer Absatz- oder Werbebehinderung (Werbung vor dem Geschäft des Mitbewerbers, Überkleben von Plakaten) geschehen. Denkbar ist auch ein sog. Preiskampf.

Hierunter versteht man den Verkauf von Ware unter Einstand um Konkurrenz zu vernichten.

c) Ausbeutung

In vielen Fällen ist der Schutz der eigenen Leistung durch sog. Schutzrechte wie Patent, Gebrauchs- oder Geschmacksmuster möglich (vgl. Skript zu Folge 12 Urheberrecht). Oft greift bei nichttechnischen Leistungen auch automatisch das Urheberrecht ein. Falls die Rechte nicht angemeldet wurden oder beim Urheberrecht die Schöpfungshöhe nicht erreicht wird, kann eine Nachahmung aus § 1 UWG unzulässig sein. Eine Ausbeutung fremder Leistungen kann erfolgen durch

- sklavische Nachahmung (z.B. urheberrechtliche nicht geschützte Kristallglasfiguren wurden identisch nachgebildet)
- unmittelbare Leistungsübernahme (schlichtes Kopieren bei fehlenden Schutzrechten)
- anhängen an den Ruf eines anderen (eigenes Produkt wird mit einem Luxusprodukt eines anderen Herstellers abgebildet)
- Schaffen einer Verwechslungsgefahr (z.B. mit dem Branchenführer)

d) Rechtsbruch und Marktstörung

Beim Rechtsbruch setzt sich der Handelnde über gesetzliche Vorschriften hinweg (z.B. Verstoss gegen Kennzeichnungspflichten für Inhaltsstoffe oder Verstoss gegen Berufsrecht) und stört auf diese Weise den fairen Wettbewerb. Eine Marktstörung liegt vor, wenn die gesamte Marktstruktur gefährdet wird (z.B. Originalware wie Zeitschriften werden verschenkt oder ein kostenloses Anzeigenblatt würde eine Tageszeitung in ihrem Bestand gefährden).

3. Rechtsfolgen bei Verstoss gegen § 1 UWG

Aus den §§ 1 und 13 UWG ergeben sich für den verletzten Mitbewerber folgende Ansprüche:

- der Verletzer muss Schadensersatz leisten
- er kann auf Unterlassung verklagt werden
- es besteht ein Beseitigungs- und Widerrufsanspruch
- und schliesslich ein Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinns

Der Unterlassungsanspruch kann nicht nur vom verletzten Mitbewerber geltend gemacht werden kann, sondern nach § 13 II UWG sind auch Verbraucherschutzverbände und die IHK bzw. die Handwerkskammer klagebefugt.

Als Vorstufe zur Klage auf Unterlassung wird oft die wettbewerbsrechtliche Abmahnung eingesetzt. Hierbei fordert der Verletzte den Verletzer auf, eine Unterlassungserklärung hinsichtlich des beanstandeten Verhaltens abzugeben. Gleichzeitig wird eine hohe Vertragsstrafe für den Fall weiterer Zuwiderhandlungen vereinbart und es

kann eine bestimmte Summe als Schadensersatz verlangt werden. Wenn der Verletzer die Abmahnung unterschreibt, wird kein Prozess geführt. Der Verletzer erklärt sich in der Abmahnung auch damit einverstanden, die Kosten für die Abmahnung und den geltend gemachten Schadensersatz zu zahlen. Unterschreibt der Verletzer die Abmahnung nicht, kommt es zum eigentlichen Prozess um Schadensersatz und Unterlassung.

4. Sondertatbestände: §§ 14 – 18 UWG

Neben der Generalklausel des § 1 UWG gibt es verschiedene Sondertatbestände unzulässiger Wettbewerbsmassnahmen. Bei den §§ 14 bis 18 geht es um Handlungen gegenüber einem bestimmten einzelnen Mitbewerber. In diesen Fällen droht neben dem zivilrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz oder Unterlassung auch eine strafrechtliche Sanktion, nämlich Geld- oder Freiheitsstrafe.

Unzulässig sind nach §§ 14 ff:

- Anschwärzung (§ 14)
- Geschäftliche Verleumdung (§ 15)
- Verrat von Geschäftsgeheimnissen (§ 17)
- Unbefugte Verwertung von Vorlagen (§ 18)

5. Sondertatbestände: §§ 2 ff UWG

Im Unterschied zu den §§ 14 ff werden hier spezielle Wettbewerbshandlungen geregelt, die den Verbraucher oder den Wettbewerb allgemein beeinträchtigen könnten. Deshalb werden diese Massnahmen verboten oder an enge Voraussetzungen geknüpft. Zu erwähnen sind

- Vergleichende Werbung (§ 2)
- Irreführende Werbung (§ 3)
- Besondere Werbeformen (§§ 6 – 6c)
Insolvenzware, Herstellerwerbung, Berechtigungsscheine, Schneeballsystem
- Sonderveranstaltungen (§ 7)
Jubiläumsverkauf, Schlussverkauf
- Räumungsverkauf (§ 8)

Vergleichende Werbung ist seit September 2000 zulässig, soweit die Grenzen des § 2 Abs. 2 UWG beachtet werden. Ausserdem darf sie nicht irreführend i.S. § 3 UWG sein. Für Sonderveranstaltungen und Räumungsverkauf sind ebenfalls detaillierte Vorgaben zu beachten.

Bei einem Verstoß gegen die §§ 2 ff drohen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche. In den §§ 4 und 6 c sind ferner strafrechtliche Sanktionen vorgesehen.

II. Markenrecht

Das Markengesetz von 1994 bezweckt den Schutz von Marken, geschäftlichen Bezeichnungen und geographischen Herkunftsangaben (§ 1 MarkenG). Aus § 3 Abs. 1 ergibt sich der Sinn und Zweck von Marken: sie dienen dazu, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Damit sind die Herkunftsfunktion und die Unterscheidungsfunktion ganz wesentlich für eine Marke.

1. Schutzfähigkeit von Marken

Nach § 3 Abs. 1 sind zunächst alle Zeichen geeignet, als Marke verwendet zu werden. Im Gesetz sind zahlreiche Beispiele für Marken aufgeführt:

- Wörter, einschliesslich Personennamen
- Abbildungen
- Buchstaben
- Zahlen
- Hörzeichen
- Dreidimensionale Gestaltungen einschl. Form und Verpackung der Ware
- Sowie sonstige Aufmachungen, einschl. Farben und Farbzusammenstellungen

Bei den Wörtern geht es häufig um Produktnamen, die besonders im Einzelhandel stark verbreitet sind (z.B. Markenbezeichnungen für Schokoriegel, Waschmittel, Getränke). Abbildungen können in jeglicher Form geschützt werden (z.B. Shell-Muschel, Lacoste-Krokodil, Mercedes-Stern, Addidas-Streifen). Berühmte „Zahlenmarke“ ist das Kölnisch „4711“, Hörzeichen sind kurze Erkennungsmelodien. Schutzfähig sind auch bestimmte Formen der Ware oder Verpackung (z.B. Coca-Cola-Flasche, Maggi-Flasche).

2. Einschränkungen

Nach § 3 Abs. 2 sind gewisse Formen nicht schutzfähig. Dies gilt, wenn die Form

- durch die Art der Ware selbst bedingt ist
- oder die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist
- oder die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht

Weitere Eintragungshindernisse können sich aus § 8 Abs. 2 ergeben. Diese Gründe werden als absolute Schutzhindernisse bezeichnet. Danach sind Kennzeichen in folgenden Fällen nicht schutzfähig:

- Nr. 1 fehlende Unterscheidungskraft
- Nr. 2 Freihaltebedürfnis (blosse Ortsangabe/Beschaffenheitsangabe)
- Nr. 3 Gattungsangaben
- Nr. 4 Täuschungsgefahr über Beschaffenheit oder geografische Herkunft

- Nr. 5 Verstoss gegen öffentliche Ordnung / gute Sitten
- Nr. 6 Gebrauch von Hoheitszeichen
- Nr. 7 Gebrauch von amtlichen Prüfzeichen
- Nr. 8 Gebrauch von Kennzeichen internationaler Organisationen
- Nr. 9 Verstoss gegen sonstige Vorschriften

Ferner stellen bereits angemeldete oder eingetragene Marken ein relatives Schutzhindernis nach § 9 dar.

3. Entstehen des Markenschutzes

Nach § 4 gibt es drei Möglichkeiten, wie ein Schutz entstehen kann. Am häufigsten kommt er durch die Eintragung in das Markenregister zustande. Das Markenregister wird bei dem Deutschen Patent- und Markenamt in München geführt. Der Anmelder muss dabei seine Marke und die Zuordnung zu einem Warenverzeichnis angeben, für das seine Marke gelten soll. Das Warenverzeichnis ist in verschiedene Klassen eingeteilt, wobei die Klassen 1 bis 34 für Warengruppen gelten, die Klassen 35 bis 42 für Dienstleistungen. Das Markenamt prüft dann, ob absolute Schutzhindernisse i.S. § 8 oder § 3 Abs. 2 vorliegen oder eine amtsbekannte „notorisch bekannte“ Marken im Sinn der Pariser Verbandsübereinkunft vorhanden ist. Falls das nicht der Fall ist, wird die Marke eingetragen und die Eintragung veröffentlicht. Nunmehr schliesst sich möglicherweise ein Widerspruchsverfahren, weil relative Eintragungshindernisse i. S. von § 9 vorliegen, also schon ältere Marken, die identisch sind oder mit denen eine Verwechslungsgefahr besteht. Das Widerspruchsverfahren muss derjenige betreiben, der einen Anspruch auf eine ältere Marke erhebt. Durch dieses zweigeteilte Verfahren kommt es schnell zur Eintragung (im Sinn des Anmelders).

Eine Marke kann auch durch Verkehrsgeltung entstehen (§ 4 Nr. 2). Das ist der Fall, wenn die Marke einen hohen Bekanntheitsgrad im Inland erreicht hat. Massgeblich dafür ist, ob die beteiligten Verkehrskreise überwiegend mit der Marke eine bestimmte Herkunft verbinden. Bei freihaltebedürftigen oder nicht unterscheidungskräftigen Angaben (z.B. dem Wort „quattro“) ist ein Bekanntheitsgrad von über 60% erforderlich. Dieser Bekanntheitsgrad ist durch Umfragen von IHK oder Marktforschungsunternehmen nachzuweisen. Bei unterscheidungskräftigen Angaben reicht ein Bekanntheitsgrad von 20%, der auch zu einem regionalen Markenschutz führen kann.

Schliesslich sind auch notorisch bekannten Marken geschützt (§ 4 Nr. 3). Dabei handelt es sich um Weltmarken wie z.B. Coca-Cola, Mercedes-Benz, Mc Donalds.

4. Inhalt des Markenrechts

Der Markeninhaber hat nach § 14 das ausschliessliche Recht die Marke im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen zu verwenden. Er wird auch davor geschützt, dass Dritte ähnliche verwechslungsfähige Kennzeichen verwenden. Der Schutz besteht für die Dauer von 10 Jahren (§ 47 Abs. 1) und kann durch Zahlung einer Verlängerungsgebühr jeweils um 10 Jahre verlängert wer-

den. Der Markeninhaber hat ferner das Recht, die Marke an andere zur Nutzung zu übertragen (§ 27) oder Lizenzen gegen Gebühr zu vergeben (§ 30).

5. Ansprüche bei Markenverletzung

Zunächst kann der Markeninhaber schon im Widerspruchsverfahren dagegen vorgehen, dass sich ein Dritter ein verwechslungsfähiges Kennzeichen als Marke schützen lässt. Ältere Eintragungen sind ein sog. relatives Eintragungshindernis nach § 9.

Weitere Rechte des Markeninhabers bei Verletzung durch Dritte sind:

- Unterlassungsanspruch (§ 15 Abs. 4)
- Schadensersatzanspruch (§ 15 Abs. 5)
- Anspruch auf Vernichtung der widerrechtlich gekennzeichneten Gegenstände (§ 18)
- Auskunftsanspruch über Herkunft und Vertriebsweg der Waren (§ 19)
- Antrag auf Beschlagnahme der Waren stellen (§ 146)

III. Computerstrafrecht

In diesem Teil wird die rechtliche Haftung dargestellt, die im Zusammenhang mit Internetanwendungen besteht.

1. Materiell zu beachtendes Recht

Im Internet sind natürlich das allgemeine Strafrecht (StGB) sowie Strafbestimmungen in speziellen Gesetzen wie Urheberrecht, Markenrecht, Wettbewerbsrecht zu beachten. Bei der Gestaltung von Web-Seiten muss daher das gleiche beachtet werden wie bei der Herstellung von Printmedien oder Multimedia-Produkten.

Darüber hinaus stellt sich im Internet jedoch die besondere Frage, wer alles für zivilrechtliche und strafrechtliche Rechtsverletzungen haftet. Dabei ist zwischen den verschiedenen Anbietern (Providern) zu differenzieren.

2. Strafrechtliche und zivilrechtliche Haftung für Inhalte

Eine strafrechtliche Haftung kann sich beim Verstoß gegen das Strafgesetzbuch oder andere Strafnormen ergeben (Waffengesetz, Arzneimittelgesetz, Betäubungsmittelgesetz). Solche Verstöße liegen vor bei der Verbreitung von Kinderpornografie, Propagandamaterial verfassungswidriger Organisationen, Aufforderung oder Anleitung zu Straftaten, Beleidigungen. Die Folge ist eine Verurteilung zu Geld- oder Freiheitsstrafe.

Eine zivilrechtliche Haftung kommt bei Beleidigungen oder anderen Rechtsverletzungen (z.B. Persönlichkeitsrecht, Eigentumsrecht, Urheberrecht, Markenrecht, unlauterer Wettbewerb) in Betracht. Die Rechtsfolgen sind hier ein Anspruch auf Schadensersatz (incl. Schmerzensgeld), Unterlassung und Beseitigung bzw. Widerruf.

3. Umfang der Haftung

Die Haftung trifft nach dem seit 1. August 1997 geltenden Teledienstegesetz (TDG) in erster Linie den Content-Provider (§§ 3 Nr. 1. 1. Alt., 5 Abs. 1 TDG), d.h. denjenigen, der im Internet in homepages den beanstandeten Inhalt zur Verfügung stellt. Er ist der Autor eines Artikels und somit der Verletzer. Content-Provider ist nicht nur, wer eigene Inhalte bereit stellt, sondern auch, wer sich fremde Inhalte zu eigen macht. Dies kann dadurch geschehen, dass fremde Software oder fremde Dateien auf der eigenen Homepage oder in newsgroups zur Verfügung gestellt werden und keine ausreichende Distanz zum fremden Inhalt mehr besteht. So wurde ein Nutzer nach § 5 Abs. 1 TDG strafrechtlich haftbar gemacht, weil er eine fremde Datei, die eine Anleitung zur Herstellung von Explosivstoff und Waffen enthielt („The terrorist's handbook“) in eine newsgroup stellte und damit anderen zugänglich machte. Ein solches zu-eigen-machen kann auch bei links vorliegen, insbesondere bei Verwendung der sog. frame-technik, bei der ein fremder Inhalt durch link in die eigene homepage eingebaut wird, ohne dass der Benutzer den Verweis erkennen kann.

Der Access-Provider (§ 3 Nr. 1 2. Alt. TDG), der nur den Zugang zur Nutzung des Internets bereitstellt (z.B. AOL, T-Online) haftet nach § 5 Abs. 3 TDG nicht für fremde Inhalte. Dies gilt selbst, wenn er von der Strafbarkeit übertragener Inhalte Kenntnis hat. Der Betreiber eines Internet-Cafes ist in der Regel auch nur Access-Provider und somit nicht für die Inhalte verantwortlich, die Besucher übermitteln.

Problematisch ist die Haftung des Service-Providers (§ 3 Nr.1 3. Alt. TDG). Er stellt den Content-Providern auf seinem Server Speicherkapazität zur Verfügung. Häufig tritt ein Access-Provider auch zusätzlich als Service-Provider auf. Service-Provider ist auch, wer durch links andere Inhalte zugänglich macht (sofern nicht bereits ein zu-eigen-machen vorliegt; s.o. bei Content-Provider). Wer Plattformen für fremde Kommunikation schafft (Foren, Newsgroups, Chatrooms) ist ebenfalls Service-Provider. Nach § 5 Abs. 2 TDG haftet der Service-Provider, wenn er von den fremden Inhalten Kenntnis hat und die Verhinderung für ihn technisch möglich und zumutbar ist. Eine Kenntnis liegt vor, bei moderierten Newsgroups (Moderator wählt wie ein Redakteur die Beiträge aus, die er einstellt) und wenn ein Nutzer den Service-Provider von einer Rechtsverletzung in Kenntnis setzt. Ein kennen müssen (Fahrlässigkeit) reicht für die Haftung nicht. Eine Verhinderung ist wohl ausnahmslos technisch möglich, da der Service-Provider den Server zur Verfügung stellt und rechtswidrige Inhalte löschen kann. Soweit jemand durch setzen eines links zum Service-Provider wurde, kann er den link wieder beseitigen, wenn sich die verlinkte Seite als rechtswidrig herausstellt. Bei der Frage der Zumutbarkeit einer Verhinderung sind die rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten des Service-Providers gegenüber dem Content-Provider zu prüfen. Grundsätzlich kommen eine Korrektur oder die Sperrung der Inhalte in Betracht, ferner kann der Service-Provider regelmässig gegenüber dem Content-Provider die Herausnahme rechtswidriger Inhalte verlangen oder den Inhalt zumindest der Aufsichtsbehörde mitteilen. Meist behält sich der Service-Provider bereits im Vertrag mit dem Content-Provider diese Massnahmen vor.

BR-Alpha IT-Kompaktkurs, 14. Folge

E-Commerce: Datenschutzrecht

(Ministerialrat Dipl.-Inform. Dieter J. Ermer)

(Stand: 04.07.2001)

<u>1.</u>	<u>Allgemeines</u>	4
<u>2.</u>	<u>Datenschutz</u>	6
<u>2.1</u>	<u>Verfassungsrechtliche Grundlagen</u>	6
<u>2.2</u>	<u>Die Struktur des Datenschutzrechts</u>	6
<u>2.3</u>	<u>Geltungsbereich der Datenschutznormen</u>	7
<u>2.4</u>	<u>Ziele des Datenschutzes</u>	8
<u>3.</u>	<u>Das Bundesdatenschutzgesetz</u>	9
<u>3.1</u>	<u>Anwendungsbereich</u>	9
<u>3.2</u>	<u>Begriffe</u>	10
<u>3.2.1</u>	<u>Personenbezogene Daten</u>	10
<u>3.2.2</u>	<u>Erheben, Verarbeiten, Nutzen</u>	11
<u>3.2.3</u>	<u>Weitere Begriffe</u>	12
<u>3.3</u>	<u>Grundsätze des BDSG</u>	13
<u>3.3.1</u>	<u>Datenvermeidung und Datensparsamkeit</u>	13
<u>3.3.2</u>	<u>Zulässigkeitsvoraussetzungen</u>	13
<u>3.3.3</u>	<u>Informierte Einwilligung</u>	14
<u>3.3.4</u>	<u>Übermittlungsregelungen ins Ausland</u>	14
<u>3.3.5</u>	<u>Grundsätzliche Meldepflicht</u>	14
<u>3.3.6</u>	<u>Beauftragter für den Datenschutz</u>	15
<u>3.3.7</u>	<u>Vorabkontrolle</u>	17
<u>3.3.8</u>	<u>Datengeheimnis</u>	17
<u>3.3.9</u>	<u>Strikte Zweckbindung</u>	18
<u>3.4</u>	<u>Rechte des Betroffenen</u>	19
<u>3.5</u>	<u>Technische und organisatorische Maßnahmen</u>	19
<u>3.5.1</u>	<u>Zutrittskontrolle</u>	20
<u>3.5.2</u>	<u>Zugangskontrolle</u>	20
<u>3.5.3</u>	<u>Zugriffskontrolle</u>	20
<u>3.5.4</u>	<u>Weitergabekontrolle</u>	20
<u>3.5.5</u>	<u>Eingabekontrolle</u>	21

<u>3.5.6</u>	<u>Auftragskontrolle</u>	22
<u>3.5.7</u>	<u>Verfügbarkeitskontrolle</u>	22
<u>3.5.8</u>	<u>Zweckbindungskontrolle</u>	22
<u>3.6</u>	<u>Kontrolle und Sanktionen</u>	22
<u>4.</u>	<u>Das Teledienstegesetz (TDG)</u>	23
<u>4.1</u>	<u>E-Commerce als Teledienst</u>	23
<u>4.2</u>	<u>Anbieterkennzeichnung</u>	24
<u>4.3</u>	<u>Verantwortlichkeiten</u>	24
<u>5.</u>	<u>Das Teledienstedatenschutzgesetz</u>	25
<u>5.1</u>	<u>Grundsätze des TDDSG</u>	25
<u>5.2</u>	<u>Weitere Verarbeitungsgrundsätze - Spezialregelungen</u>	26
<u>5.2.1</u>	<u>Kein Einwilligungszwang</u>	26
<u>5.2.2</u>	<u>Vorab-Unterrichtung</u>	26
<u>5.2.3</u>	<u>Elektronische Einwilligung</u>	27
<u>5.2.4</u>	<u>Jederzeitiger Verbindungsabbruch</u>	27
<u>5.2.5</u>	<u>Getrennte Verarbeitung und Nutzungsprofile</u>	27
<u>5.3</u>	<u>Pflichten des Diensteanbieters</u>	28
<u>5.3.1</u>	<u>Unterrichtungspflichten</u>	28
<u>5.3.2</u>	<u>Anbiete-Pflichten</u>	29
<u>5.4</u>	<u>Datenarten und Rechte des Anbieters</u>	30
<u>5.4.1</u>	<u>Bestandsdaten</u>	30
<u>5.4.2</u>	<u>Nutzungsdaten</u>	30
<u>5.4.3</u>	<u>Abrechnungsdaten</u>	31
<u>5.5</u>	<u>Rechte des Nutzers</u>	31
<u>5.6</u>	<u>Kontrolle</u>	32
<u>6.</u>	<u>Aktuelle Gesetzesänderungen</u>	32
<u>7.</u>	<u>Literatur</u>	32

1. Allgemeines

Täglich werden unter Nutzung verschiedenster elektronischer Systeme an unterschiedlichsten Stellen gewaltige Datenmengen verarbeitet. Ein Großteil davon bezieht sich auf Personendaten - sicher auch auf Daten von jedem von uns.

Betrachtet man diese Daten und deren Ursprung etwas näher, so stellt man schnell fest, dass die Registrierung und Verarbeitung von Daten und Informationen über ein Individuum seine gesamte Entwicklung von der Geburt bis zum Tod durchzieht: Ärzte, Krankenhäuser, Standesämter, Einwohnermeldeämter, Kirche, Schule, Hochschule, Versicherungen, Banken, Kreditkartenunternehmen, Vermieter, Gemeinden, Finanzverwaltung, Telefongesellschaften, Energieversorger, Fluggesellschaften, Vereine und Organisationen, Internetprovider, Handel und Gewerbe, ...

Für diese Stellen sind die Daten mitunter einer der wichtigsten Produktionsfaktoren, für das jeweilige Individuum stellen diese Daten einen Auszug seines Lebens und seiner Lebensumstände dar.

Wenn auch ggf. aus unterschiedlichen Beweggründen, so sind doch beide Seiten an einer „sicheren“ Datenverarbeitung interessiert. Dabei unterscheidet sich der mit dem Begriff „sicher“ verbundene Sinngehalt mitunter ebenso deutlich: Meint die Daten verarbeitende Stelle damit überwiegend „zuverlässig verfügbare und fehlerfreie Systeme“ sowie „vollständige und richtige Daten“, so meint der Betroffene überwiegend damit „missbrauchsgeschützte Datenverarbeitung“.

Von Fachzeitschriften regelmäßig durchgeführte Umfragen bei betroffenen Betrieben bestätigen immer wieder frühere Ergebnisse, wonach z.B. Viren, Hacking und Computermisbrauch nicht einmal 10 Prozent der aufgetretenen Beeinträchtigungen der elektronischen Datenverarbeitung darstellen. Hingegen sind ca. 70 - 80 Prozent aller erlittenen Schäden und Verstöße auf Unwissenheit oder Fahrlässigkeit der mit der Verarbeitung der Daten befassten Mitarbeiter bei Unternehmen zurückzuführen. Im Vergleich dazu liegen die entsprechenden Werte im

Bereich der technischen Defekte sowie der Softwareanomalien (z. B. Viren, Würmer) lediglich um die 40 Prozent und der der höheren Gewalt, d.h. Naturkatastrophen wie Blitzschlag, Brand und Wasser, sogar unter 30 Prozent. Eine ebenfalls vergleichsweise geringe Bedeutung haben die durch Absicht hervorgerufenen Gefährdungen, z. B. Manipulationen zum Zwecke der Bereicherung oder Informationsdiebstahl und Sabotage. Allgemein betrachtet bewegen wir uns hier im Bereich der technischen und organisatorischen Datensicherheit – einem Teil des Datenschutzes, auf den im Folgenden noch näher einzugehen sein wird.

Inbesondere durch Nutzung des Mediums Internet für die Abwicklung von Geschäften fallen beim Unternehmer eine Fülle von Daten an, die in der konventionellen Geschäftsabwicklung im Detaillierungsgrad und im Volumen so undenkbar gewesen wären. Für den Auf- und Ausbau des Marketing und der Kundenbetreuung über das Internet erscheinen diese Daten aus Sicht des Unternehmers wünschenswert oder gar erforderlich. So entstehen zum Teil enorme Datensammlungen teilweise auch ohne Wissen des Betroffenen. Mit den heute zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Verknüpfung von Datenbeständen, wird überdies das Risiko größer, dass der so genannte "gläserne Mensch" entsteht. Dies könnte auch zu einer unerwünschten bzw. rechtswidrigen Kontrolle und Beeinflussung von Verhaltensweisen und Lebensgewohnheiten führen.

Und so bestätigen von Fachzeitschriften und Marktforschungsinstituten in den USA und in Deutschland durchgeführte Untersuchungen zum E-Commerce auch immer wieder die gleichen früheren Ergebnisse:

- Mehr als 80 % der Internet-Surfer wollen informiert und gefragt werden, wenn über sie personenbezogene Daten gesammelt werden.
- Mehr als 50 % der Online-Einkäufer befürchten, dass persönliche Informationen von den Shop-Betreibern an Dritte weitergegeben werden.
- Mehr als 60 % der Internet-Surfer meiden den Einkauf über das Internet wegen unsicherer Online-Übertragung persönlicher Daten und wegen Mängeln bei Zahlungssicherheit und Datenschutz.

2. Datenschutz

2.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen

In seinem so genannten „Volkszählungsurteil“ vom 15.12.1983 hat das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht auf „**informationelle Selbstbestimmung**“ hervorgehoben und gleichzeitig Schranken für Eingriffe in diese Recht gesetzt. Danach ist darunter Folgendes zu verstehen:

„Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Einschränkungen dieses Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung“ sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig.“ (1. und 2. Leitsatz BVerfGE 65,1,41)

Einschränkungen dieses Persönlichkeitsrechts des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) sind nur im Allgemeininteresse und durch eine verfassungsgemäß zu Stande gekommene gesetzliche Grundlage (z.B. das Bundesdatenschutzgesetz BDSG [1]) zulässig.

Für die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten gilt somit als allgemeiner Grundsatz ein so genanntes **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**. § 4 Abs. 1 BDSG greift dieses generelle Verbot auf und erklärt eine Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung nur für zulässig, wenn sie durch das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift ausdrücklich erlaubt oder angeordnet ist bzw. der Betroffene dazu seine Einwilligung erklärt.

2.2 Die Struktur des Datenschutzrechts

Es ist zu unterscheiden zwischen den „Datenschutzgesetzen“ des Bundes und der Länder - ergänzt um die einschlägigen europäischen Richtlinien - und dem „Bereichsspezifischen Datenschutzrecht“. Dabei gilt es, einen wichtigen Grundsatz zu beachten (nach § 1 Abs. 3 BDSG):

**Datenschutzgesetze sind allgemeine Regelungen,
d.h. soweit vorhanden, gehen bereichsspezifische Regelungen vor.**

Bei den Datenschutzgesetzen sind grundsätzlich zu nennen

- das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG),
- die Landesdatenschutzgesetze (LDSG), sowie
- die EG-Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) vom 24.10.1995 [2]

Im Rahmen der bereichsspezifischen Regelungen ist zunächst als typisches Beispiel die älteste Datenschutzvorschrift der Welt anzuführen, nämlich das ärztliche Berufsgeheimnis (die ärztliche Schweigepflicht), das z.B. in den Sozialgesetzbüchern, im Bayerischen Krankenhausgesetz und im Strafgesetzbuch abgebildet ist.

Darüberhinaus wären aus einer Vielzahl als weitere Beispiele zu nennen: die Abgabenordnung (für das Steuer- und Bankgeheimnis), das Meldegesetz und das Telekommunikationsgesetz mit der Telekommunikationsüberwachungsverordnung (für das Fernmeldegeheimnis).

Im Zusammenhang mit E-Commerce sind als bereichsspezifische Regelungen insbesondere von Bedeutung

- das Teledienstegesetz (TDG) [4] und
- das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) [5].

Darüberhinaus sind hierfür von Belang

- das Signaturgesetz (SigG) [6],
- das Fernabsatzgesetz (FernAbsG) [7],
- das zukünftige Gesetz zur Anpassung von Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr [8],
- die E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG) [9] und
- die Safe Harbour-Prinzipien (2000/520/EG) [10].

2.3 Geltungsbereich der Datenschutznormen

Die EG-Richtlinien sind im Bereich der Europäischen Union jeweils unmittelbar geltendes Recht, wenn sie nicht fristgerecht in nationales Recht eingearbeitet werden. Bzgl. der EG-Datenschutzrichtlinie ist diese Einarbeitung in das Bundesdatenschutzgesetz erst kürzlich (am 18. Mai 2001) mit erheblicher Fristüberschreitung erfolgt und abgeschlossen worden.

Das Bundesdatenschutzgesetz gilt gem. § 1 Abs. 2 für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für

- alle öffentlichen Stellen des Bundes,
- bestimmte öffentliche Stellen der Länder und
- für nicht öffentliche Stellen.

Die Landesdatenschutzgesetze gelten für die öffentlichen Stellen des jeweiligen Bundeslandes, z.B. gilt somit das Bayerische Datenschutzgesetz für die bayerischen Behörden.

2.4 Ziele des Datenschutzes

Zweck des Datenschutzes ist nicht primär der Schutz der Daten, sondern der Schutz der Persönlichkeitsrechte. Genau in diesem Sinne legt § 1 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz BDSG fest:

„Zweck dieses Gesetzes ist es, den einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.“

Um die Persönlichkeitsrechte zu wahren, sind somit zwei Ziele zu verfolgen:

Selbstbestimmung und Sicherheit

Selbstbestimmung bedeutet die Sicherstellung von

- Vertraulichkeit: Dies betrifft vor allem Dateninhalte und Kommunikationsvorgänge, d.h. eine unbefugte Einsichtnahme in Daten und eine unbefugte Kenntnisnahme von Kommunikationsvorgängen ist unmöglich.
- Spurenlosigkeit: Die Nutzung von Diensten ist auch in anonymer oder pseudonymer Form möglich und es entstehen keine Datenspuren.
- Transparenz: Der Nutzer ist über Verarbeitungs- und Speichervorgänge bzgl. seiner personenbezogenen Daten sowie deren Zwecke informiert und er weiß, wer sein Kommunikations-/Geschäftspartner ist.

Sicherheit bedeutet die Sicherstellung von

- Integrität: Die verarbeiteten Daten sind korrekt und das Datenverarbeitungssystem arbeitet in definierter Art und Weise fehlerfrei. Überdies ist eine unbefugte und unbemerkte Veränderung von Daten oder von Funktionen des Datenverarbeitungssystems ist nicht möglich.
- Authentizität: Es ist die zweifelsfreie Urheberschaft und Verbindlichkeit von übertragenen und gespeicherten Daten sichergestellt. Da eine unmittelbare Wahrnehmbarkeit digitaler Informationen nicht gegeben ist, entfällt die Möglichkeit des Anscheinbeweises.
- Verfügbarkeit: Das Verschwinden von und die Nicht-Zugreifbarkeit auf Daten sind ebenso ausgeschlossen wie die Nicht-Funktionstüchtigkeit von einzelnen Verarbeitungsfunktionen oder des Datenverarbeitungssystems in seiner Gesamtheit.

3. Das Bundesdatenschutzgesetz

3.1 Anwendungsbereich

Das Bundesdatenschutzgesetz gilt für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch

- alle öffentlichen Stellen des Bundes,
- bestimmte öffentliche Stellen der Länder und
- durch nicht öffentliche Stellen.

Öffentliche Stellen des Bundes sind (§ 2 Abs. 1 BDSG):

- Behörden und sonstige öffentliche Stellen des Bundes
- Organe der Rechtspflege des Bundes
- bundesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen
- aus der ehemaligen Bundespost hervorgegangene Unternehmen, solange sie Monopolstellungen nach dem Postgesetz besitzen.

Für die öffentlichen Stellen der Länder ist das BDSG gem. § 1 Abs. 2 Ziffer 2 und § 2 Abs. 2

anzuwenden, soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist oder diese Stellen Bundesrecht, z.B. das Sozialgesetzbuch, ausführen.

Für nicht öffentliche Stellen ist das BDSG nur dann anzuwenden (§ 1 Abs. 2 Ziffer 3 und § 27), wenn sie

- Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben, oder
- die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben,
- es sei denn, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung erfolgt ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten.

Nicht öffentliche Stellen sind dabei gem. § 2 Abs. 4 BDSG natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts, also Privatpersonen, Wirtschaftsunternehmen ungeachtet der Rechtsform, Vereine, usw.

Mit Ausnahme der nicht öffentlichen Stellen (s. § 27 Abs. 2 BDSG) ist die Anwendbarkeit des BDSG somit nicht allein auf elektronische Datenverarbeitung beschränkt, sondern gilt auch für die „konventionelle“ Datenverarbeitung öffentlicher Stellen z.B. in und mit Akten.

3.2 Begriffe

3.2.1 Personenbezogene Daten

Nach § 3 Abs. 1 BDSG sind personenbezogene Daten „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener)“.

Einzelangaben über persönliche Verhältnisse sind u.a.:

Name, Anschrift, Geburtsdatum, Konfession, Familienstand, Zugehörigkeit zu Vereinigungen, Gewerkschaften oder Parteien, Gesundheitszustand und arbeitsrechtliche Beurteilungen.

Zu den Angaben über sachliche Verhältnisse zählen beispielsweise das Einkommen, Besitz-

verhältnisse (auch mittelbar durch z.B. Kreditkartennummer, Autokennzeichen, Flurstücksnummer), Besteuerungsmerkmale, Versicherungen, Vertragskonditionen.

Als personenbezogen zu behandeln sind überdies Daten, deren Personenbezug nicht auf den ersten Blick erkennbar ist – nämlich z.B. IP-Adressen oder Angaben über besuchte Webseiten, wenn sie mit personenbezogenen Daten zusammengeführt werden.

3.2.2 Erheben, Verarbeiten, Nutzen

Erheben ist das Beschaffen von Daten über den Betroffenen (§ 3 Abs. 3 BDSG)

Der Prozess des Verarbeitens gliedert sich nach § 3 Abs. 4 BDSG in die fünf Phasen:

- Speichern
Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung.
Anmerkung: Ein Datenträger kann neben den offensichtlichen Medien wie Festplatte, Disketten, Magnetband oder CD-ROM auch z.B. eine Chipkarte oder ein Videoband sein!
- Verändern
Inhaltliches Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten.
Beispiele:
(1) Ergänzung oder Überschreibung bei Namensänderung
(2) Korrektur einzelner gespeicherter Werte
- Übermitteln
Bekanntgabe gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass
 - o diese aktiv (mündlich, schriftlich, elektronisch, usw.) weitergegeben oder
 - o die zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltenen Daten durch den Dritten eingesehen (lesen oder betrachten) oder abgerufen (Onlinezugriff, Filetransfer) werden.
- Sperren
Kennzeichnen gespeicherter personenbezogener Daten, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken.

Beispiel: Setzen eines Sperrvermerks bei einem Datenfeld, einem Datensatz oder einer Datenmenge.

- Löschen

Unkenntlichmachen gespeicherter personenbezogener Daten.

Die Daten müssen physikalisch gelöscht werden, z.B. durch Vernichtung der Datenträger, Überschreiben oder Neuformatieren von Datenbeständen. Die Eingabe logischer Löschbefehle wie „Del“ oder „Erase“ genügt nicht den Anforderungen.

Nutzen ist nach § 3 Abs. 5 BDSG jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt, also z.B. Duplizieren oder Kopieren von Daten sowie die Erstellung von personenbezogenen Auswertungen.

3.2.3 Weitere Begriffe

Anonymisieren ist nach § 3 Abs. 6 BDSG das Verändern personenbezogener Daten derart, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person zugeordnet werden können.

Beispiele:

- (1) Reduktion von IP-Nummern auf Domänenebene in den Protokollaufzeichnungen von Web-Servern;
- (2) Für statistische Auswertungen über Patienten einer Krankenhausabteilung werden Namensangaben vollständig entfernt, das Geburtsdatum durch Angabe eines Altersbereiches und exakte Wohnortangaben werden durch eine regionale Angabe in Form einer dreistelligen Postleitzahl ersetzt.

Pseudonymisieren ist nach § 3 Abs. 6a BDSG das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren.

Beispiele:

- (1) für Langzeituntersuchungen über Patienten werden das Geburtsdatum begrenzt auf die Jahresangabe, die exakten Wohnortangaben, der genaue Behandlungszeitraum und Angaben zum Klinikum entfernt und durch eine nichts sagende Zeichenreihe (Pseudonym) ersetzt. So

kann der Datensatz einerseits an Dritte für Forschungszwecke weitergegeben, andererseits aber zukünftige Behandlungsdaten durch das Klinikum unter Angabe des Pseudonyms nachberichtet werden.

(2) Ein Internetnutzer vereinbart mit seinem Internet Service Provider (ISP), der ihm den Zugang zum Internet vermittelt und eine E-Mail-Adresse einrichtet, dass er für seine E-Mail-Adresse und für sonstige Angebote nicht seinen eigenen Namen sondern einen beliebigen Aliasnamen, z.B. „Schneewittchen“, verwenden will. Der ISP richtet dies so ein, dass die E-Mail-Adresse dann z.B. lautet: Schneewittchen@isp.country.

Verantwortliche Stelle ist nach § 3 Abs. 7 jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt.

3.3 Grundsätze des BDSG

3.3.1 Datenvermeidung und Datensparsamkeit

Damit ist der Grundsatz festgelegt, dass keine oder so wenig Daten wie möglich erhoben, verarbeitet und genutzt werden sollen. Bereits die Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen haben sich an diesem Grundsatz auszurichten. Von besonderer Bedeutung ist hierbei die Nutzung der Möglichkeiten von Anonymisierung und Pseudonymisierung (§ 3a BDSG)

Durch die entsprechende Gestaltung der Systemstrukturen sollen die Gefahren für das informationelle Selbstbestimmungsrecht von vornherein minimiert werden. Dies bedeutet nicht, dass personenbezogene Daten nicht erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürften. Anonymen und pseudonymen Formen der Datenverarbeitung ist dabei aber der Vorrang zu geben vor mehreren Möglichkeiten der Ausgestaltung des Systemdatenschutzes - als einem Mittel, dem Grundsatz der Erforderlichkeit Rechnung zu tragen.

3.3.2 Zulässigkeitsvoraussetzungen

Damit wird festgelegt, dass für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten immer eine Befugnisnorm (das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift) oder die Ein-

willigung des Betroffenen erforderlich ist. (§ 4 BDSG)

Anders gesagt: Alles, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, ist verboten.

Erweiterte spezifische Regelungen für den nicht öffentlichen Bereich generell sowie für bestimmte Branchen wie Werbebranche, Auskunftsteien, Adresshandel oder Markt- und Meinungsforschung sind in den §§ 28 mit 30 BDSG getroffen.

3.3.3 Informierte Einwilligung

Werden personenbezogene Daten auf Grund einer freien Entscheidung des Betroffenen und damit seiner Einwilligung erhoben, verarbeitet oder genutzt, so muss der Betroffene vorab über den Zweck unterrichtet werden. (§ 4a BDSG)

Wie dies im Einzelfall bei E-Commerce erfolgen kann, sehen wir später.

3.3.4 Übermittlungsregelungen ins Ausland

Es ist zu unterscheiden zwischen Datenübermittlungen im Rahmen der EU und in sog. Drittländer. Voraussetzung für eine zulässige Datenübermittlung ist immer ein sog. angemessenes Datenschutzniveau (§ 4b BDSG).

Hinsichtlich der Datenübermittlung in die USA finden die sog. Safe Harbour-Prinzipien Anwendung. Diese Safe Harbour-Prinzipien sind Vereinbarungen zum Datenschutz und den hierzu erforderlichen Maßnahmen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten. US-Unternehmen, die sich zur Anwendung und Einhaltung dieser Maßnahmen dem US-Handelsministerium und der Federal Trade Commission (FTC) gegenüber verpflichten, weisen das oben geforderte angemessene Datenschutzniveau auf. Die FTC veröffentlicht auch im Internet die Liste mit diesen registrierten Unternehmen.

3.3.5 Grundsätzliche Meldepflicht

Automatisierte Datenverarbeitungen sind grundsätzlich vor Inbetriebnahme an die Aufsichtsbehörde zu melden. Zu melden sind auch inhaltliche Änderungen an früher erfolgten Meldun-

gen, sowie jeweils der Beginnzeitpunkt und der Endezeitpunkt der meldepflichtigen Datenverarbeitung. (§§ 4d und 4e BDSG)

In Bayern wird die Funktion der Aufsichtsbehörden durch die jeweiligen Regierungen der Regierungsbezirke ausgeübt.

Eine Meldepflicht besteht nicht, wenn

- ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter bestellt ist oder
- Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nur für eigene Zwecke erfolgen und höchstens vier Arbeitnehmer damit beschäftigt sind und entweder eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt oder diese auf Grund eines Vertrags- oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses (z.B. Ärzte, Apotheken) erfolgen.

Eine Meldepflicht besteht immer, wenn personenbezogene Daten geschäftsmäßig für den Zweck der nicht anonymisierten oder auch der anonymisierten Übermittlung (z.B. Adresshandel, Auskunftfeien, Werbewirtschaft) gespeichert werden.

Die Meldung an die Aufsichtsbehörde muss folgende Angaben enthalten:

- Verantwortliche Stelle: Name oder Unternehmen sowie Anschrift
- Name von Unternehmensleitung und EDV-Leitung
- Zweckbestimmung der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung
- Betroffener Personenkreis mit Daten oder Datenkategorien (z.B. Wohnanschrift)
- Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können
- Regelfristen für die Datenlöschung
- Geplante Datenübermittlung in Drittstaaten
- Allgemeine Beschreibung der ergriffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen nach § 9 BDSG

3.3.6 Beauftragter für den Datenschutz

Öffentliche Stellen müssen bei automatisierter Datenverarbeitung immer einen Beauftragten

für den Datenschutz bestellen (§ 4f Abs. 1 Satz 1 BDSG).

Nicht öffentliche Stellen müssen nach (§ 4f Abs. 1 Satz 1, 3, 4 und 6 BDSG) einen Beauftragten für den Datenschutz bestellen

- bei automatisierter Datenverarbeitung, sofern dabei mindestens fünf Arbeitnehmer beschäftigt sind oder
- bei anderweitig durchgeführter Datenverarbeitung, sofern damit mindestens 20 Personen beschäftigt sind oder
- bei Datenverarbeitungen, die einer Vorabkontrolle (siehe folgenden Abschnitt) unterliegen.

Die Bestellung hat schriftlich zu erfolgen. Der Beauftragte für den Datenschutz muss die erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzen – ggf. muss er sich diese durch Schulungen, Teilnahme an einschlägigen Seminaren u.ä. aneignen. Der Datenschutzbeauftragte ist unmittelbar der Behörden- bzw. der Geschäftsleitung zu unterstellen und in dieser Funktion weisungsfrei (§ 4f Abs. 2 und 3 BDSG).

Zu den Aufgaben eines Datenschutzbeauftragten zählen insbesondere:

- Mitwirkung bei Datenschutz- und Datensicherungsfragen (z.B. Erstellung einer Risikoanalyse sowie eines Datenschutz- und Datensicherungskonzeptes, interne Regelungen)
- ggf. Durchführung einer Vorabkontrolle (siehe folgenden Abschnitt)
- Auskunftserteilung an Betroffene
- Überwachung der Ordnungsmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten
- datenschutzrechtliche Schulung von Mitarbeitern

In diesem Zusammenhang muss auf die Unverträglichkeit der Position des Datenschutzbeauftragten mit anderen betrieblichen Funktionen wegen möglicher Interessenkollisionen hingewiesen werden. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der Datenschutzbeauftragte Mitglied gesetzlicher Vertretungsorganisationen oder EDV-Leiter des betreffenden Unternehmens wäre.

Es kann auch ein externer Datenschutzbeauftragter bestellt werden (§ 4f Abs. 2 Sätze 2 und 3

BDSG), d.h. ein Unternehmen könnte im Falle, dass kein geeigneter Mitarbeiter für diese Funktion zur Verfügung stünde, einen entsprechend geeigneten Mitarbeiter eines anderen Unternehmens auf Vertragsbasis zum Datenschutzbeauftragten bestellen. Mittlerweile gibt es Unternehmen, die solche Dienstleistungen anbieten.

3.3.7 Vorabkontrolle

Eine Kontrolle von automatisierten Verfahren auf materielle Zulässigkeit ist vor Betriebsaufnahme durch den Beauftragten für den Datenschutz (§ 4d Abs. 5 und 6 BDSG) immer durchzuführen, wenn besondere Arten personenbezogener Daten verarbeitet werden - außer es liegt eine gesetzliche Verpflichtung oder die Einwilligung des Betroffenen vor oder das Verfahren beruht auf einem Vertrags- oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis.

Besondere Arten personenbezogener Daten sind nach § 3 Abs. 9 BDSG abschließend bestimmt als „Angaben über rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben“.

Eine Vorabkontrolle ist insbesondere dann durchzuführen, wenn mit der Verarbeitung die Persönlichkeit des Betroffenen einschließlich seiner Fähigkeiten, seiner Leistungen oder seines Verhaltens bewertet werden soll.

3.3.8 Datengeheimnis

Nach § 5 BDSG ist den bei der Datenverarbeitung beschäftigten Personen untersagt, personenbezogene Daten unbefugt zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen.

Hierzu sind sie – soweit sie im nicht öffentlichen Bereich beschäftigt sind – bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das o.g. Datengeheimnis zu verpflichten. Zu Nachweiszwecken sollte diese Verpflichtung schriftlich erfolgen. Diese Verpflichtung auf das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort.

3.3.9 Strikte Zweckbindung

Grundsätzlich gilt, dass einmal erhobene Daten nur für den Zweck verwendet werden dürfen, für den sie ursprünglich erhoben wurden. Eine Verwendung für andere Zwecke ist grundsätzlich nicht zulässig. Die Zwecke, für die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, sind bei der Erhebung konkret (§ 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG) festzulegen.

Daten dürfen auch für andere Zwecke als die ursprünglichen verwendet werden. Einzelheiten hierzu sind für öffentliche Stellen geregelt in § 14 BDSG.

Bzgl. der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für eigene Zwecke nicht öffentlicher Stellen bestimmen § 28 Abs. 2 und 3 BDSG insbesondere, dass die Übermittlung oder Nutzung für einen anderen Zweck zulässig ist, wenn kein Grund zur Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung oder Nutzung hat. Dieses schutzwürdige Interesse ist immer anzunehmen bei Daten zu strafbaren Handlungen, Ordnungswidrigkeiten sowie zu arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnissen, wenn im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertrags- oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses übermittelt werden soll.

Beispiel: Die Übermittlung entsprechender Daten aus der Personalakte eines Mitarbeiters an ein anderes Unternehmen, zu dem dieser wechseln will, wäre demnach unzulässig.

Außerdem bestimmen § 28 Abs. 3 mit 4 BDSG, dass die Nutzung und Übermittlung von Namen, Titel, akademischen Graden, Anschrift, Geburtsjahr, Berufs-, Branchen- und Geschäftsbezeichnung sowie Einordnung in eine bestimmte Personengruppe - auch abweichend vom ursprünglichen Zweck - für Werbung, Markt- und Meinungsforschung zulässig ist, sofern

- es sich um listenmäßig oder zusammengefasste Daten über diese Personengruppe handelt und
- kein Grund zur Annahme besteht, dass bei dem Betroffenen ein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss der Übermittlung oder Nutzung besteht.

Die Nutzung oder Übermittlung für die o.g. Zwecke ist unzulässig, wenn der Betroffene dieser widersprochen hat. In diesen Fällen sind die Daten für diese Zwecke zu sperren.

Merke: Sollen Daten von Kunden auch für Werbung, Markt- oder Meinungsforschung ver-

wendet werden, so ist der Betroffene zum Zeitpunkt der Erhebung auch über diese Zwecke zu informieren und seine schriftliche Einwilligung einzuholen. Erteilt er diese Einwilligung nicht, dürfen seine Daten dafür nicht verwendet, sondern müssen für diese Zwecke gesperrt werden.

Protokolldaten, wie sie von Datenverarbeitungssystemen für Zwecke der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes zum Teil sehr umfangreich erzeugt werden, unterliegen nach § 31 BDSG einer **besonders strikten Zweckbindung**. Da diese Daten zum Teil auch zur Leistungskontrolle bei Mitarbeitern geeignet sind, sei hier deutlich auf die Rechte der Mitarbeitervertretungen hinsichtlich der Einführung und des Umfangs von Protokollierungen sowie bei der Auswertung von Protokolldaten hingewiesen.

3.4 Rechte des Betroffenen

Der Betroffene hat Anspruch auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung. Diese Rechte können nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (§ 6 BDSG).

Es gibt in der Bundesrepublik keine zentrale Stelle, die Auskunft darüber erteilen kann, bei welchen Stellen überall Daten zu einem Betroffenen gespeichert sind, da es keine zentralen register über Datenverarbeitungen gibt.

Übersichten über Unternehmen, die personenbezogene Daten in meldepflichtigen Verfahren verarbeiten, führen die jeweiligen Aufsichtsbehörden für deren Zuständigkeitsbereich. Bzgl. öffentlicher Stellen mit personenbezogenen Verfahren gibt es in Bayern weder ein zentrales noch ein dezentrales Register.

Auskünfte zu Art, Inhalt und Umfang der gespeicherten Daten können durch den Betroffenen nur von den jeweiligen Unternehmen selbst erfragt werden. Diese Auskunft hat das Unternehmen nach § 34 Abs. 5 BDSG grundsätzlich unentgeltlich zu erteilen.

3.5 Technische und organisatorische Maßnahmen

In § 9 BDSG und Anlage sind acht Gebote und Zielsetzungen in einer eigenen Anlage zum

Gesetzestext genannt, denen jede verantwortliche Stelle durch entsprechende technische und organisatorische Maßnahmen Rechnung zu tragen hat. Dabei sind die Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis am angestrebten Schutzzweck und an der Art der zu schützenden Daten oder Datenkategorien auszurichten.

3.5.1 Zutrittskontrolle

Unter Zutritt ist jede Annäherung an ein DV-System zu verstehen, sodass dadurch die Möglichkeit entsteht, auf diese ggf. auch physisch einzuwirken. Die erforderlichen Maßnahmen sind im Bereich der baulichen Einrichtungen (z.B. Innen- und Außenhautsicherung, Schaffung von Sicherheitszonen, Zutrittskontrollsysteme) sowie im organisatorischen Umfeld (z.B. Festlegung von Zutrittsberechtigten, Regelungen zu Verschluss von Büroräumen) anzusetzen.

3.5.2 Zugangskontrolle

Durch Ergreifen geeigneter Maßnahmen soll die unbefugte Nutzung von DV-Systemen verhindert werden. Es muss also sichergestellt werden, dass eine Nutzung des DV-Systems erst nach einer erfolgreichen Identifizierung und Authentifizierung des Nutzers erfolgen kann, d.h. als Maßnahmen sind starke Login-Prozeduren (z.B. mit Einmal-Passworten, Chipkarten, biometrische Verfahren) zu ergreifen.

3.5.3 Zugriffskontrolle

Damit soll Gewähr geleistet werden, dass einerseits ein authentifizierter Benutzer nur auf solche Daten Zugriff hat, für die auch berechtigt ist, und dass andererseits Daten nur authentifizierten Benutzern zur Verfügung stehen. Dazu sind die Festlegung von Benutzerprofilen (z.B. rollenbasiert wie Stationsarzt, Pflegepersonal, Notfall-/Bereitschaftsarzt) und von zugriffsbeschränkenden Maßnahmen auf Anwendungs- und auf Datenebene (ggf. bis zur Datenfeldebene) sowie deren technische Umsetzung in revisionsfähiger Form erforderlich.

3.5.4 Weitergabekontrolle

Ziel ist es, dass Unbefugte keinen Zugriff auf personenbezogene Daten bei der Übertragung,

während ihres Transports oder ihrer Speicherung auf Datenträger erlangen können und dass überprüft und festgestellt werden kann, an welche Stellen eine Übermittlung durch Einrichtungen zur Datenübertragung vorgesehen ist.

Der erste Teil der Zielvorgabe bedeutet praktisch eine Verpflichtung zur Verschlüsselung der Daten insbesondere bei der Übertragung über offene oder öffentliche Netze. Ähnlich ist dies zu sehen bei der Speicherung auf Datenträgern generell sowie zum Zwecke des Transports an eine andere Stelle – soweit dies nicht durch die besondere Art des Transports (unternehmens-eigener Kurier) oder des Transportbehältnisses sichergestellt werden kann.

Beim zweiten Teil kommt es nicht auf die theoretisch mögliche, sondern auf die nach der Verfahrenskonzeption vorgesehene Übermittlung an (automatisiertes Abrufverfahren, Bereitstellung zum Abruf, Übermittlung durch verantwortliche Stelle). Die Überprüfung und Feststellung muss nicht dauernd tatsächlich erfolgen, sondern muss anhand geeigneter Unterlagen nachvollziehbar sein (z.B. Verfahrens- und Ablaufdokumentation).

3.5.5 Eingabekontrolle

Damit soll nachträglich überprüft und festgestellt werden können, ob und von wem personenbezogene Daten eingegeben, verändert oder entfernt wurden.

Voraussetzung dazu ist eine funktionstüchtige Benutzerverwaltung und eine - nicht notwendigerweise technische - Protokollierung der o.g. Aktivitäten (z.B. durch Datenerfassungsnachweise, Akten). Auch diese Überprüfung und Feststellung muss nicht tatsächlich dauernd erfolgen. Es reicht aus, wenn im Einzelfall die näheren Umstände eines solchen Vorganges anhand von Unterlagen nachvollziehbar sind. Die Nachweisfrist muss den Erfordernissen des Einzelfalles angemessen sein – i.d.R. mindestens ein Jahr.

Bei technischer Protokollierung entsteht eine neue Datei mit personenbezogenen Daten, die gem. § 31 BDSG einer besonders strikten Zweckbindung unterliegt (siehe oben).

3.5.6 Auftragskontrolle

Damit soll sichergestellt werden, dass Daten, die im Auftrag verarbeitet werden, nur gem. den Weisungen des Auftraggebers verarbeitet werden können.

Dazu ist zunächst natürlich erforderlich, dass von Seiten des Auftraggebers klare Vorgaben über zulässige und über unzulässige Verarbeitungen vorliegen und mit dem Auftragnehmer möglichst schriftlich fixiert werden. Diese Vorgaben sind soweit möglich technisch abzubilden. Ein Kontrollrecht des Auftraggebers sollte ebenfalls vereinbart sein. Die Art der Rechtsbeziehung (Dienstleistungsvertrag, Werkvertrag oder gemischtes Vertragsverhältnis) ist unbeachtlich.

3.5.7 Verfügbarkeitskontrolle

Mit dieser Forderung soll zufälligem Verlust und Zerstörung Rechnung getragen werden. Dies bedeutet die Verpflichtung zur Durchführung regelmäßiger Datensicherungen und damit einhergehender Notfallplanung, die regelmäßig durchzuspielen, auf Funktionstüchtigkeit zu überprüfen und ggf. anzupassen ist.

3.5.8 Zweckbindungskontrolle

Mit dieser Forderung soll dem Zweckbindungsgrundsatz nachgekommen werden, nämlich dass zu unterschiedlichen Zwecken erhobene Daten nicht vermengt, sondern nur getrennt verarbeitet werden können.

Dies bedingt somit eine entsprechende Konzeption der Verfahren sowie eine dv-technische Trennung der jeweiligen Daten je nach Verfahrenszugehörigkeit. Die Zusammenfassung von für unterschiedliche Zwecke erhobenen Daten in einer Datenbank wäre danach zwar möglich, aber deren übergreifende Verarbeitungsmöglichkeit durch z.B. frei definierbare Datenbankabfragen müsste technisch unterbunden werden.

3.6 Kontrolle und Sanktionen

Die Aufsichtsbehörden - in Bayern sind dies die jeweiligen Bezirksregierungen - kontrollie-

ren im nicht öffentlichen Bereich die Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz – ein Anlass, z.B. in Form einer Beschwerde eines Betroffenen, ist nicht erforderlich. (§ 38 Abs. 1 BDSG).

Bei festgestellten Verstößen verfügen die Aufsichtsbehörden über folgende Sanktionsmöglichkeiten (§ 38 Abs. 1 Satz 4 und § 38 Abs. 5 BDSG):

- Anzeige
- Unterrichtung der Gewerbeaufsichtsbehörde zur Durchführung gewerberechtlicher Maßnahmen – bis hin zum Gewerbeverbot
- Forderung nach Ergreifen technischer und organisatorischer Maßnahmen gem. § 9 BDSG
- Forderung nach Mangelbeseitigung binnen einer festgesetzten Frist
- Verhängung von Zwangsgeld
- Untersagung des Einsatzes einzelner Verfahren
- Verlangen der Abberufung des Datenschutzbeauftragten

Als weitere mögliche Sanktionen sehen §§ 43 und 44 BDSG Geldbußen bis zu 500.000.- DM sowie bei vorsätzlicher Handlung Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vor.

4. Das Teledienstegesetz (TDG)

4.1 E-Commerce als Teledienst

Nach § 2 Abs. 1 TDG [3] gilt das Gesetz „für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zu Grunde liegt (Teledienste).“

§ 2 Abs. 2 TDG definiert, was unter Telediensten zu verstehen ist, insbesondere beschreiben die Nummern 2 und 5 Folgendes als einen Teledienst:

- „Angebote zur Information und Kommunikation, soweit nicht die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht (Datendienste, z.B. Verkehrs-, Wetter-, Umwelt- und Bör-

sendaten, Verbreitung von Informationen über Waren und Dienstleistungsangebote)“

- „Angebote von Waren und Dienstleistungen in elektronisch abrufbaren Datenbanken mit interaktivem Zugriff und unmittelbarer Bestellmöglichkeit.“

Damit ist der E-Commerce ein Teledienst im Sinne des Teledienstegesetzes und als bereichsspezifische Datenschutzregelung ist somit das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) anzuwenden.

4.2 Anbieterkennzeichnung

Diensteanbieter haben nach § 6 TDG für ihre geschäftsmäßigen Angebote anzugeben

- Namen und Anschrift sowie
- bei Personenvereinigungen und –Gruppen auch Namen und Anschrift des Vertretungsberechtigten

Die gleiche Verpflichtung zur „klaren und verständlichen Information“ über seine Identität und Anschrift legt auch § 2 Abs 2 Fernabsatzgesetz (FernABsG) dem Unternehmer auf.

Mit der Novellierung des TDG (s.u.) wird die Pflicht zur Anbieterkennzeichnung hinsichtlich der Art und Weise, auf welche dies zu erfolgen hat („leicht erkennbar, unmittelbar und ständig“), präzisiert und es wird der Umfang der erforderlichen Angaben erheblich erweitert.

Für den E-Commerce-Anbieter bedeutet dies, dass er diese Angaben z.B. über den Navigationssteil seines Online-Angebotes jederzeit aufrufbar halten muss. Es bietet sich hier das Bereitstellen eines Links z.B. mit der Bezeichnung „Impressum“ an, da dieser Begriff allgemein aus dem Zeitschriften- und Zeitungswesen bekannt und auch selbsterklärend ist.

4.3 Verantwortlichkeiten

Neben der vorgenannten Anbieterkennzeichnung regelt das TDG die Verantwortlichkeit eines Telediensteanbieters für von ihm bereitgehaltene Inhalte, d.h. die Haftbarkeit bei z.B. strafrechtlich relevanten Inhalten, in folgender Form:

Der Diensteanbieter ist verantwortlich für

- eigene Inhalte gem. den allgemeinen Gesetzen (§ 5 Abs. 1 TDG),
- fremde Inhalte nur, wenn er Kenntnis von den Inhalten hat und ihm eine Nutzungsunterbindung möglich und zumutbar ist (§ 5 Abs. 2 TDG) und
- für fremde Inhalte nicht, wenn lediglich der Zugang dazu vermittelt wird (§ 5 Abs. 3 TDG).

Konkret heisst dies, dass sich ein Diensteanbieter, bevor er einen Link auf eine Web-Site eines Dritten in sein eigenes Angebot aufnimmt, tunlichst von diesen Informationsinhalten überzeugen sollte. Diese Überprüfung muss nicht permanent wiederholt werden. Häufig wird durch entsprechende, ebenfalls im Rahmen des Online-Angebotes veröffentlichte Erklärungen, auf die eingeschränkte Verantwortung des Diensteanbieters hingewiesen. Eine solche Erklärung befreit aber nicht von der erstmaligen Überprüfung und ggf. Entfernung eines gesetzten Links nach § 5 Abs. 2 TDG.

5. Das Teledienstedatenschutzgesetz

5.1 Grundsätze des TDDSG

Das TDDSG enthält besondere datenschutzrechtliche Bestimmungen für Anbieter und Nutzer von Telediensten.

Diese Bestimmungen knüpfen an das vorhandene Instrumentarium des Datenschutzrechts an. Hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts und der erforderlichen Einwilligung (§ 3 Abs. 1 TDDSG, § 4 BDSG), des Zweckbindungsgrundsatzes (§ 3 Abs. 2 TDDSG, § 28 BDSG) und des Zieles der Datensparsamkeit (§ 3 Abs. 4 TDDSG, § 3 a BDSG) weisen das TDDSG und das BDSG die gleichen Grundsätze auf. Auf diese soll daher hier nicht mehr eingegangen werden, zumal diese beiden Grundsätze wegen ihrer Verankerung im BDSG nunmehr im neuen TDDSG (s.u.) als entbehrlich erscheinen und voraussichtlich aus dem Gesetzestext entfernt werden.

Spezialregelungen des TDDSG sind die besonderen Grundsätze, Pflichten und Erlaubnistat-

bestände für Anbieter von Telediensten.

5.2 Weitere Verarbeitungsgrundsätze - Spezialregelungen

5.2.1 Kein Einwilligungszwang

Mit dieser Regelung des § 3 Abs. 3 TDDSG wird bestimmt, dass die Erbringung von Telediensten nicht von einer Einwilligung des Nutzers in eine Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für andere Zwecke abhängig gemacht werden darf, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu diesen Telediensten nicht oder in nicht zumutbarer Weise möglich ist.

Beispiel: Es wäre nicht zulässig, eine Online-Bestellung von Waren davon abhängig zu machen, dass der Kunde mit nachfolgender Werbung oder Weitergabe seiner Daten an einen Geschäftspartner einverstanden ist.

5.2.2 Vorab-Unterrichtung

Ziel dieser Regelung des § 3 Abs. 5 TDDSG ist der „informierte Nutzer“. Diese Information muss vor der Erhebung der Daten erfolgen und umfassende Aussagen zu Art, Umfang, Speicherort und Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung enthalten.

Beispiel: wie das o.g. Impressum ist hier die Veröffentlichung von Online-Datenschutz-Prinzipien im entsprechenden Online-Angebot vorzusehen. Um dem Anspruch auf umfassende Information des Nutzers gerecht zu werden, sollten diese Online-Datenschutz-Prinzipien zu folgenden Aspekten entsprechende Aussagen enthalten:

- Protokollierung, insbesondere zu Umfang, Aufbewahrungsdauer, Zweck, Auswertungen, Übermittlungen usw.
- automatischen Datenerhebungsmitteln, d.h. z.B. zur Verwendung von Cookies bzgl. gespeichertem Datenumfang, Gültigkeits- und Speicherdauern, Zweck, Umgehungs- und Vermeidungsmöglichkeiten, usw.
- Auskunftsansprüchen des Betroffenen
- Ansprechpartnern

Ein Muster für solche Online-Datenschutz-Prinzipien findet sich auf der Homepage des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz www.datenschutz-bayern.de unter der Rubrik Technik.

5.2.3 Elektronische Einwilligung

§ 3 Abs. 6 und 7 TDDSG bestimmen, dass ein Nutzer seine Einwilligung auch elektronisch erklären kann. In diesem Fall ist er in den o.g. Online-Datenschutz-Prinzipien auf sein Recht des jederzeitigen Widerrufs mit Wirkung für die Zukunft hinzuweisen. Bei einer elektronischen Einwilligung muss der Diensteanbieter aber durch entsprechend geeignete Protokollierung sicherstellen, dass die Bewusstheit, Integrität und Authentizität der Einwilligung Gewährleistet sind.

Das Akzeptieren eines Cookies durch Drücken der OK-Taste kann damit wohl nicht als Einwilligung in diesem Sinne verstanden werden. Bei Einverständniserklärungen sollten demnach, neben den o.g. Informationen, dem Nutzer die Alternativen „Einverstanden“ und „Nicht einverstanden“ bspw. zum Ankreuzen mit anschließendem Drücken einer Sendetaste angeboten werden, wobei die Default-Einstellung natürlich nicht auf „Einverstanden“, sondern auf „Nicht einverstanden“ zu setzen wäre, um die Bewusstheit zu Gewährleisten.

Der Verzicht des Nutzers auf seine Unterrichtung, d.h. das Nicht-Lesen bzw. Nicht-Anklicken der Online-Datenschutz-Prinzipien, gilt nicht als Einwilligung. Eine darauf folgende Datenerhebung wäre nicht zulässig.

5.2.4 Jederzeitiger Verbindungsabbruch

Der Diensteanbieter hat nach § 4 Abs. 2 Ziff. 1 TDDSG durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass der Nutzer seine Verbindung mit dem Diensteanbieter jederzeit abbrechen kann.

Dies stellt im E-Commerce - im Sinne von Business-to-Consumer (B-to-C) - grundsätzlich kein Problem dar, da der Nutzer ja auf alle Fälle seinen Browser schließen und damit die Session beenden kann. Für andere Arten von Telediensten kann dies aber u.U. nicht ohne Weiteres möglich sein.

5.2.5 Getrennte Verarbeitung und Nutzungsprofile

Bietet ein Telediensteanbieter verschiedene, voneinander unabhängige Dienste an, so be-

stimmt § 4 Abs. 2 Ziff. 4 TDDSG, dass die im Rahmen der Nutzung dieser verschiedenen Dienste „angefallenen“ personenbezogenen Daten eines Nutzers auch voneinander getrennt verarbeitet werden müssen, da eine Zusammenführung dieser Daten die Bildung von Nutzungsprofilen ermöglichen würde. Eine Zusammenführung solcher getrennt angefallener Nutzungsdaten ist ausschließlich für Abrechnungszwecke zulässig.

Da Nutzungsprofile eine große Gefahr für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beinhalten, dürfen solche nach § 4 Abs. 4 Satz 1 TDDSG nur gebildet werden, wenn der Nutzer den angebotenen Teledienst unter Verwendung eines Pseudonyms in Anspruch nahm, d.h. wenn der Nutzer für den Dienst nicht mit seiner eigenen Identität, sondern mit einem Alias-Namen angemeldet war.

Derart entstandene Nutzungsprofile dürfen nach § 4 Abs. 4 Satz 2 TDDSG nicht mit den Identitätsdaten des Nutzers zusammengeführt werden.

5.3 Pflichten des Diensteanbieters

Das TDDSG legt für den Diensteanbieter einerseits durch die vorgenannten Grundsätze und andererseits auch explizit Unterrichtungspflichten und Anbietepflichten fest. Zusammenfassend sind dies:

5.3.1 Unterrichtungspflichten

Der Diensteanbieter muss den Nutzer informieren

- vor Datenerhebung über Art, Umfang, Ort und Zwecke (§ 3 Abs. 5 TDDSG),
- über sein jederzeitiges Widerrufsrecht zu einer einmal erteilten Einwilligung (§ 3 Abs. 6 TDDSG),
- über anonyme und pseudonyme Nutzungs- und Bezahlmöglichkeit (§ 4 Abs. 1 TDDSG) sowie
- über die Weitervermittlung zu anderem Diensteanbieter.

Unter Weitervermittlung zu einem anderen Diensteanbieter ist zu verstehen, dass ein entsprechender Link angeboten wird, bei dessen Betätigung das Angebot dieses anderen Dienstan-

bietres bereitgestellt wird. Die Unterrichtung über eine derartige Weitervermittlung kann relativ einfach durch deutliche Kennzeichnung des Links z.B. mittels des Zusatzes „[Extern]“ oder „[Link- neues Fenster]“ und Eröffnen eines neuen Browserfensters praktisch umgesetzt werden.

Wie bereits oben dargestellt, kann und muss der Diensteanbieter all diesen Unterrichtungspflichten durch Aufnahme sog. Online-Datenschutz-Prinzipien in seinen Web-Auftritt nachkommen.

5.3.2 Anbiere-Pflichten

Das TDDSG legt dem Diensteanbieter neben den Unterrichtungspflichten auch Anbierepflichten auf. Diese sind insoweit Folgerungen aus den Unterrichtungspflichten und beziehen sich somit auf die technische und organisatorische Bereitstellung der entsprechenden Hilfsmittel zur

- elektronischen Einwilligung (§ 3 Abs. 7 TDDSG) und zur
- anonymen oder pseudonymen Nutzungs- und Bezahlmöglichkeit (§ 4 Abs. 1 TDDSG).

Das E-Commerce-Angebot sollte daher zweckmäßigerweise in Einzelprozesse unterteilt werden – je nachdem, ob und falls ja welche personenbezogenen Daten jeweils erforderlich sind, also z.B. in Warenangebot, Bestellung/Kauf, Bezahlung, Kundenbetreuung:

- Die Bereitstellung des Warenangebotes kann normalerweise ohne jegliche personenbezogene Daten auskommen.
- Für Bestellung und Kauf sind personenidentifizierende Angaben unabdingbar, wenn es sich um Lieferungen materieller Güter handelt. Bei immateriellen Gütern ist dies, abhängig von den angebotenen Bezahlmöglichkeiten, nicht pauschal erforderlich.
- Im Teilprozess Bezahlung sind verschiedene Bezahlmethoden (z.B. Nachnahme, Kreditkarte, Bankeinzug, Elektronisches Geld, vorbezahlte Geldkarte) möglich und demzufolge auch anzubieten. Aus Datenschutzsicht ist den anonymen Bezahlmöglichkeiten über vorbezahlte Geldkarten grundsätzlich der Vorzug zu geben.

Darüberhinaus hat der Diensteanbieter Verschlüsselungswerkzeuge und –mechanismen bereit-

zustellen und zur Nutzung anzubieten (§ 4 Abs. 2 Ziff. 3 TDDSG) - oder besser noch automatisch zu erzwingen –, um so die Vertraulichkeit der Übertragung personenbezogener Daten sicherzustellen. Ein gängiges und dem derzeitigen Stand der Technik entsprechendes Verfahren ist die Verbindungsverschlüsselung mit dem Protokoll SSL.

5.4 Datenarten und Rechte des Anbieters

Das TDDSG kennt drei Datenarten – die Bestandsdaten, die Nutzungsdaten und die Abrechnungsdaten – und bestimmt für jede davon konkret zulässige Verwendungszwecke und Verwendungsverbote.

Aus dem Verhältnis der Spezialität zwischen BDSG und TDDSG folgt, dass die Erlaubnistatbestände des TDDSG abschließend sind. Diensteanbieter können sich demzufolge nicht auf allgemeine Erlaubnistatbestände des BDSG (z.B. § 28) berufen, wenn die Voraussetzungen für eine gesetzliche Erlaubnis hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Daten der Nutzer nach dem TDDSG nicht gegeben sind.

5.4.1 Bestandsdaten

Sind Identifikations- und Vertragsdaten wie z.B. Namen, Anschrift, Vertragsgegenstand, Vertragsinhalte, Bankverbindung, Kreditkartennummern. Diese dürfen nur verwendet werden für

- die Begründung, die inhaltliche Ausgestaltung und Änderung eines Vertragsverhältnisses über die Nutzung von Telediensten (§ 5 Abs. 1 TDDSG);
- Beratung, Werbung, Marktforschung und Personalisierung, wenn der Nutzer hierzu eingewilligt hat (§ 5 Abs. 2 TDDSG).

5.4.2 Nutzungsdaten

Dies sind z.B. Zeitpunkt, Dauer, Nutzer-Kennungen, Informationen über die gewollten oder ausgewählten Inhalte.

- Eine Speicherung ist nur zulässig, solange und soweit diese zur Generierung der personalisierten Website erforderlich sind (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TDSSG)
- Sie sind grundsätzlich frühestmöglich zu löschen, spätestens nach Ende der jeweiligen

Nutzung, d.h. mit Ende der Session – außer es handelt sich um Abrechnungsdaten (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 TDDSG)

- Übermittlung an Dritte als Werbeträger ist nur in anonymisierter Form zulässig (§ 6 Abs. 3 Satz 1 TDDSG)
- Die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden bleiben unberührt (§ 6 Abs. 3 TDDSG)

5.4.3 Abrechnungsdaten

Dies sind Angaben zu z.B. Zeitpunkt, Zeitdauer, besondere kostenpflichtige Leistungen.

- Sie sind grundsätzlich zu löschen, sobald sie für Abrechnungszwecke nicht mehr erforderlich sind (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 TDDSG)
- Bei zeitlich abzurechnenden Angeboten gilt, dass für die Ausstellung von Einzelnachweisen die Daten spätestens 80 Tage nach Versendung des Einzelnachweises zu löschen sind, es sei denn, die Abrechnung wird bestritten oder trotz Aufforderung nicht bezahlt (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 TDDSG)
- Übermittlung an Dritte ist nur zulässig zur Entgeltabrechnung auf vertraglicher Basis, d.h. für die Weitergabe eines Forderungseinzugs (§ 6 Abs. 4 TDDSG)
- Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden bleiben unberührt (§ 6 Abs. 3 TDDSG)

5.5 Rechte des Nutzers

Aus den vorgenannten Pflichten des Diensteanbieters ergeben sich die Rechte des Nutzers, die hier kurz zusammengestellt sind:

- Freiwilligkeit zur Einwilligung
- Jederzeitiges Widerrufsrecht
- Abspruch auf Vorab-Unterrichtung
- Anspruch auf anonyme oder pseudonyme Nutzungsmöglichkeit, soweit technisch machbar und zumutbar ist
- Jederzeitiger Verbindungsabbruch
- Anspruch auf Einzelverbindungs nachweis

Überdies legt § 7 TDDSG ein Auskunftsrecht des Nutzers derart fest, dass er jederzeit die zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten unentgeltlich beim Dienstean-

bieter einsehen kann. Diese Auskunft ist auf Verlangen auch elektronisch zu erteilen.

5.6 Kontrolle

Die Kontrolle auf Einhaltung des TDDSG erfolgt gem. § 8 TDDSG nach Maßgabe des § 38 BDSG, also durch die Aufsichtsbehörden in der oben beschriebenen Art und Weise und mit den oben beschriebenen Sanktionsmöglichkeiten im Falle von festgestellten Verstößen.

6. Aktuelle Gesetzesänderungen

Sowohl das TDG als auch das TDDSG befinden sich derzeit im Rahmen des Entwurfs für ein „Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr“ in Novellierung. Mit dieser Novellierung soll eine Verbesserung der Transparenz und die Abstimmung des allgemeinen und des bereichsspezifischen Datenschutzrechts erreicht werden. Es wird davon ausgegangen, dass diese Novellierungsarbeiten noch in 2001 abgeschlossen sein werden.

7. Literatur

- [1] Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze vom 18.05.2001 (BGBl I, Nr. 23, S. 904-928 vom 21.05.2001) – kurz: BDSG
- [2] Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31 ff.) - kurz: „EG-Datenschutzrichtlinie“
- [3] Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (ABl. EG Nr. L 13 vom 19.01.2000, S. 12 ff.) - im Folgenden kurz: „EG-Signaturrichtlinie“
- [4] Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz – TDG) vom 22.07.1997 (BGBl. I, S. 1870 ff.) - als Artikel 1 des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG)
- [5] Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz –

- TDDSG) vom 22.07.1997 (BGBl. I, S. 1870 ff.) - als Artikel 2 des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG)
- [6] Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturgesetz - SigG) vom 16.05.2001 (BGBl. I, Nr. 22, S. 876 ff.) - als Artikel 1 des Gesetzes über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften
- [7] Fernabsatzgesetz (FernAbsG) vom 27.06.2000 (BGBl. I, S. 897 ff.) – als Artikel 1 des Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.06.2000
- [8] Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr (i.d.F. des Kabinettsbeschlusses vom 06.09.2000) – im Folgenden kurz: „Formvorschriften-Anpassungsgesetz“
- [9] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (ABl. EG Nr. L 178 vom 17.07.2000, S. 1 ff.) - im Folgenden kurz: „E-Commerce-Richtlinie“
- [10] Richtlinie 2000/520/EG: Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000 gemäß der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des von den Grundsätzen des „sicheren Hafens“ und der diesbezüglichen „Häufig gestellten Fragen“ (FAQ) Gewähr leisteten Schutzes, vorgelegt vom Handelsministerium der USA (Abl. EG Nr. L 215 vom 25.08.2000, S. 7 ff.) – im Folgenden kurz: „Safe Harbour-Prinzipien“

Fragen
zu
E-Commerce: Datenschutzrecht

1. Welche Ziele verfolgt der Datenschutz generell und im Speziellen?
2. Unter welchen Voraussetzungen besteht eine Meldepflicht für automatisierte Verfahren und an wen sind diese Meldungen zu richten?
3. Wann muss ein Unternehmen einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellen?
4. Welche Aufgaben gehören zu den Pflichten eines Datenschutzbeauftragten?
5. Was ist unter Datensparsamkeit zu verstehen?
6. Was ist unter Zweckbindung zu verstehen?
7. Welche Daten unterliegen nach BDSG einer besonders strikten Zweckbindung?
8. Welche Rechte hat ein Betroffener nach BDSG und ein Nutzer nach TDDSG?
9. Nennen Sie die im BDSG geforderten technischen und organisatorischen Maßnahmen?
10. Wozu ist ein Diensteanbieter nach TDG verpflichtet?
11. Welche Unterrichtungspflichten hat ein E-Commerce-Anbieter nach TDDSG im Einzelnen?
12. Was soll ein Unternehmen nach TDDSG zusätzlich zu seinem originären E-Commerce-Angebot bereithalten und anbieten?
13. Wann ist die Bildung von Nutzungsprofilen zulässig und was ist dabei besonders zu beachten?
14. Für welche Zwecke dürfen Bestandsdaten verwendet werden?
15. Welche Regelungen bzgl. Verwendungs- und Nutzungszwecken sowie Aufbewahrungsfristen enthält das TDDSG für Nutzungsdaten?

Antworten zu den Fragen
zu
E-Commerce: Datenschutzrecht

1. Welche Ziele verfolgt der Datenschutz generell und im Speziellen?

Generell: Schutz der Persönlichkeitsrechte und Wahrung des Rechts auf
informationelle Selbstbestimmung

Speziell: - Selbstbestimmung durch Sicherstellung von Vertraulichkeit,
Spurenlosigkeit und Transparenz

- Sicherheit durch Sicherstellung von Integrität, Authentizität und Verfügbarkeit

2. Unter welchen Voraussetzungen besteht eine Meldepflicht für automatisierte Verfahren und an wen sind diese Meldungen zu richten?

Automatisierte Datenverarbeitungen sind an die Aufsichtsbehörden (in Bayern sind dies die Bezirksregierungen) zu melden, wenn

- a. kein betrieblicher Datenschutzbeauftragter bestellt ist oder
- b. Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nicht nur für eigene Zwecke erfolgen oder mehr als vier Arbeitnehmer damit beschäftigt sind oder keine Einwilligung des Betroffenen vorliegt oder kein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis besteht

3. Wann muss ein Unternehmen einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellen?

- a. Bei automatisierter Datenverarbeitung, sofern dabei mindestens fünf Arbeitnehmer beschäftigt sind
- b. Bei anderweitig durchgeführter Datenverarbeitung, sofern damit mindestens 20 Personen beschäftigt sind
- c. Bei Datenverarbeitungen, die einer Vorabkontrolle unterliegen

4. Welche Aufgaben gehören insbesondere zu den Pflichten eines Datenschutzbeauftragten?

- Mitwirkung bei Datenschutz- und Datensicherungsfragen
- ggf. Durchführung einer Vorabkontrolle

- Auskunftserteilung an Betroffene
- Überwachung der Ordnungsmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten
- datenschutzrechtliche Schulung von Mitarbeitern

5. Was ist unter Datenvermeidung und Datensparsamkeit zu verstehen?

Damit wird der Grundsatz bezeichnet, dass keine oder so wenig Daten wie möglich erhoben, verarbeitet und genutzt werden sollen. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung.

6. Was ist unter Zweckbindung zu verstehen?

Einmal erhobene Daten dürfen nur für den Zweck verwendet werden, für den sie ursprünglich erhoben wurden. Eine anderweitige Nutzung ist grundsätzlich nicht zulässig.

7. Welche Daten unterliegen nach BDSG einer besonders strikten Zweckbindung?

Dies sind Protokolldaten.

8. Welche Rechte hat ein Betroffener nach BDSG und ein Nutzer nach TDDSG?

BDSG: Anspruch auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung

TDDSG: Freiwilligkeit zur Einwilligung, Jederzeitiges Widerrufsrecht, Anspruch auf Vorab-Unterrichtung, Anspruch auf anonyme und pseudonyme Nutzungsmöglichkeiten – soweit technisch machbar und zumutbar, jederzeitigen Verbindungsabbruch, Einzelnachweis, unentgeltliche Einsichtnahme in gespeicherte Daten

9. Nennen Sie die im BDSG geforderten technischen und organisatorischen Maßnahmen!

Zutrittskontrolle, Zugangskontrolle, Zugriffskontrolle, Weitergabekontrolle, Eingabekontrolle, Auftragskontrolle, Verfügbarkeitskontrolle, Zweckbindungskontrolle

10. Wozu ist ein Diensteanbieter nach TDG verpflichtet?

Anbieterkennzeichnung und Vorab-Überprüfung fremder Informationsinhalte bei beabsichtigtem Verlinken

11. Über welche Aspekte muss ein E-Commerce-Anbieter die Nutzer nach TDDSG im Einzelnen unterrichten?

- a. Art, Umfang, Ort und Zweck der Datenerhebung
- b. Jederzeitiges Widerrufsrecht zu einer einmal erteilten Einwilligung
- c. Anonyme und pseudonyme Nutzungs- und Bezahlungsmöglichkeiten
- d. Weitervermittlung zu einem anderen Diensteanbieter

12. Was soll ein Unternehmen nach TDDSG zusätzlich zu seinem originären E-Commerce-Angebot bereithalten und anbieten?

- a. Technische und organisatorische Hilfsmittel für elektronische Einwilligung und anonyme und pseudonyme Nutzungs- und Bezahlungsmöglichkeiten
- b. Verschlüsselungswerkzeuge und -mechanismen

13. Wann ist die Bildung von Nutzungsprofilen zulässig und welche Bestimmung ist dabei besonders zu beachten?

- a. Nutzungsprofile dürfen nur gebildet werden, wenn ein Pseudonym verwendet wurde
- b. Eine Zusammenführung eines Nutzungsprofils mit Identitätsdaten ist nicht zulässig

14. Für welche Zwecke dürfen Bestandsdaten verwendet werden?

- a. Sie dürfen nur verwendet werden für die Begründung, die inhaltliche Ausgestaltung und Änderung eines Vertragsverhältnisses
- b. Für Beratung, Werbung, Marktforschung und Personalisierung nur mit Einwilligung des Betroffenen

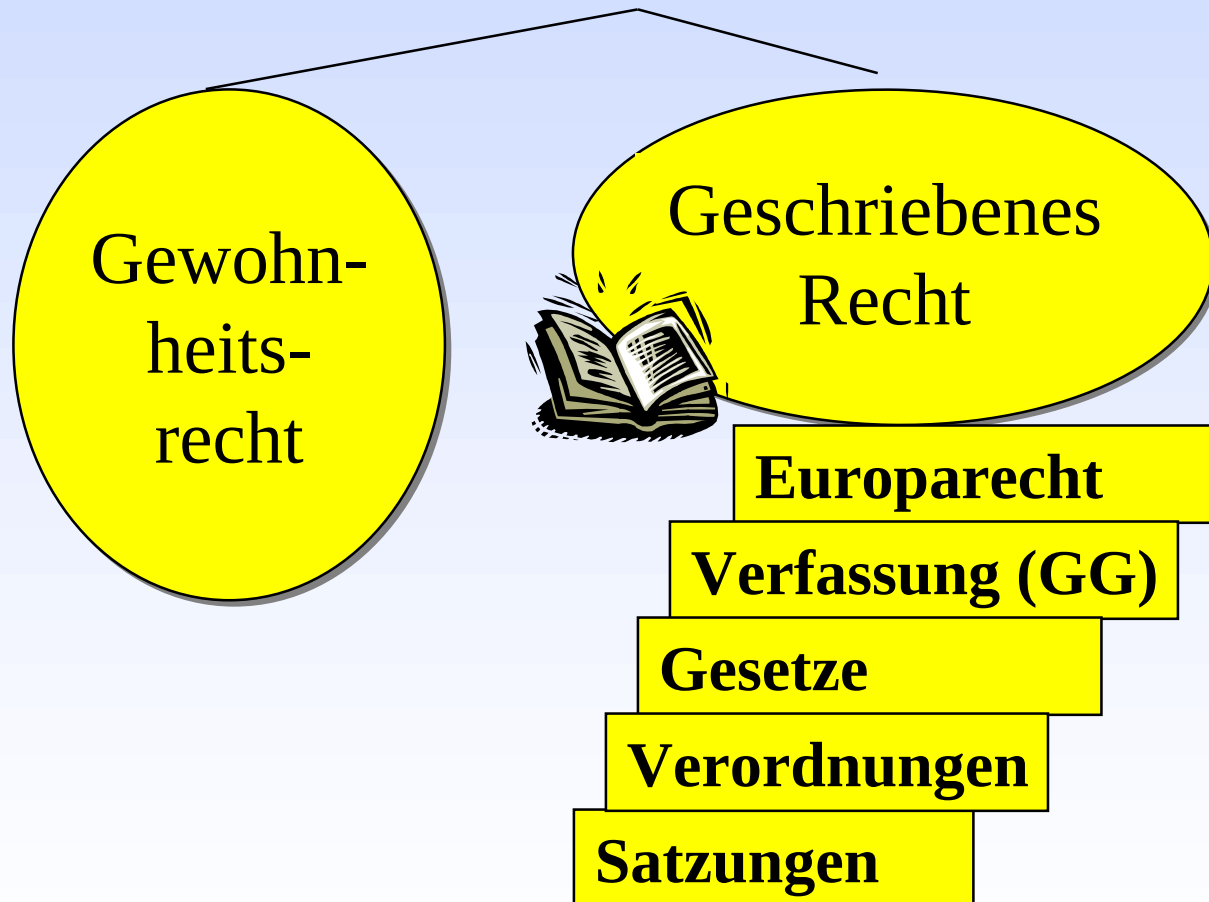
15. Welche Regelungen bzgl. Verwendungs- und Nutzungszwecken sowie Aufbewahrungsfristen enthält das TDDSG für Nutzungsdaten?

- Eine Speicherung ist nur zulässig, solange und soweit diese zur Generierung der personalisierten Website erforderlich sind
- Sie sind grundsätzlich frühestmöglich zu löschen, spätestens nach Ende der jeweiligen Nutzung, d.h. mit Ende der Session – außer es handelt sich um Ab-

rechnungsdaten

- Übermittlung an Dritte als Werbeträger ist nur in anonymisierter Form zulässig

Rechtsquellen



Standort Wirtschafts- privatrecht



Öffentliches
Recht



Privatrecht



Öffentliches Recht

Europarecht

Staatsrecht

Arbeitsrecht

Verwaltungsrecht

Strafrecht

Prozessrecht



Privatrecht

Bürgerliches Recht

Arbeitsrecht

Handels-,
Gesellschafts- und
Wirtschaftsrecht



BGB

AGBG

Bürgerliches
Recht

Produkt-
haftungsgesetz

Verbraucher-
kreditgesetz

Haustürwiderrufs-
gesetz



§ 611 ff. BGB

Arbeitsrecht

Kündigungs-
schutzgesetz



Entgeltfort-
zahlungsgesetz

Handelsgesetz-
buch (HGB)

Aktiengesetz (AktG)

Handels-,
Gesellschafts-
und
Wirtschaftsrecht

GmbH-Gesetz

Wettbewerbs-
recht (UWG)



Gewerblicher
Rechtsschutz

Stellvertretung § 164 II BGB

**„Tritt der Wille, in fremdem
Namen zu handeln, nicht
erkennbar hervor, so kommt der
Mangel des Willens, im eigenen
Namen zu handeln, nicht in
Betracht.“**



Skizze

Zulieferer



Verzug



?

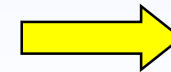


Unternehmer



Verzug !

Kunde





„Wer will was von wem woraus?“

Anspruch-
steller

Anspruchs-
gegner

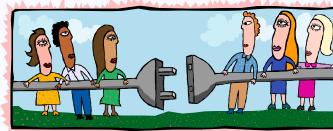
Rechtsfolge / Ziel

Anspruchsgrundlage

Aufbau einer Rechtsnorm

Tatbestand / Voraussetzung

Rechtsfolge



Anspruchsnorm

Falls Rechtsfolge

= „Anspruchsteller kann
Tun/Dulden/Unterlassen
verlangen.“



Anspruchsnorm: +

Wo sind die Ansprüche zu finden?

In den vertraglichen
Vereinbarungen
oder
in diversen Gesetzen.



Rechtsfähigkeit

Natürliche
Personen

Juristische
Personen



Geschäftsfähigkeit

Geschäftsunfähigkeit

Beschränkte
Geschäftsfähigkeit

Volle Geschäftsfähigkeit



Beschränkte Geschäftsfähigkeit

Rechtlicher Vorteil

Rechtlich neutrales Geschäft

Genehmigung

Schwebende Unwirksamkeit

Taschengeldparagraph

Dienstverhältnis



Vertragsschluss

Angebot

Annahme



Abstraktionsprinzip

Schuldrecht-
licher Vertrag

Dinglicher
Vertrag



Anfechtung

Willenserklärung
anfänglich nichtig



Anfechtungs- voraussetzungen

Inhaltsirrtum

Erklärungsirrtum

Eigenschaftsirrtum

Täuschung / Drohung



Anfechtungsfrist

Anfechtungsgegner

Stellvertretung

Zulässigkeit
- höchstpersönliche
Rechtsgeschäfte

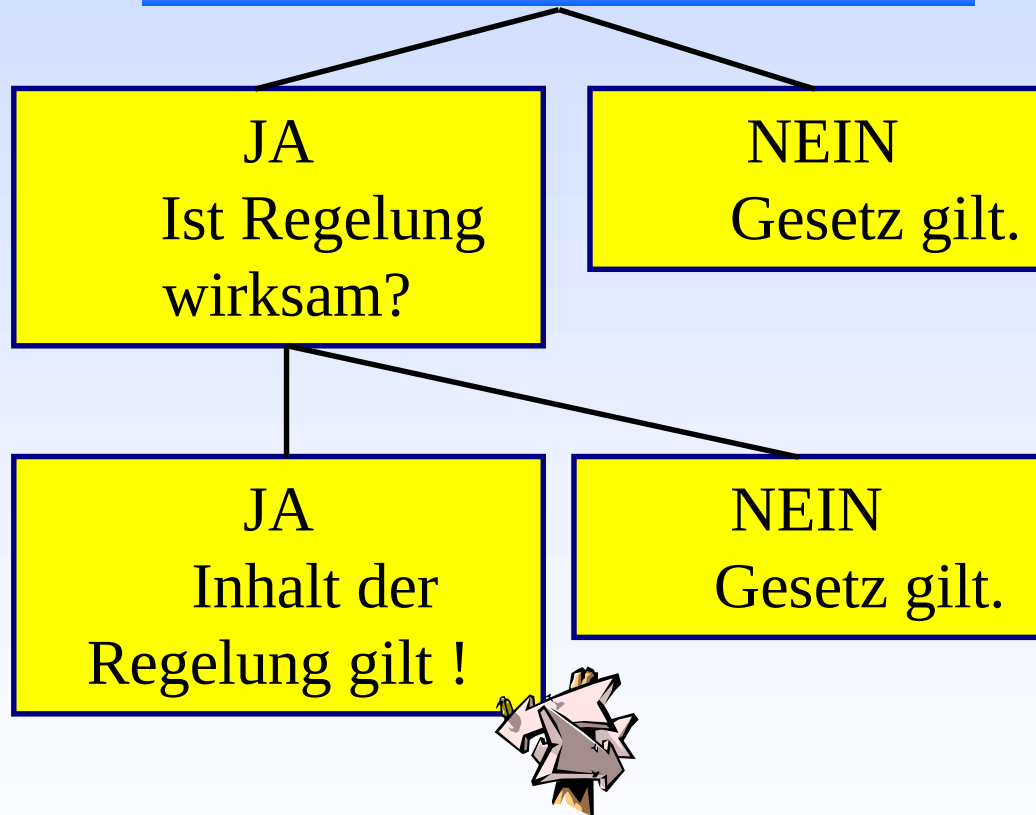
Eigene Willenserklärung

Offenkundigkeitsprinzip

Vertretungsmacht



Vertragliche Regelung ?



Veräußerungsverträge

Gebrauchsüberlassungsverträge

Tätigkeitsverträge

Vertriebsverträge



Transport- und Lagerverträge

Typenkombinationsverträge

Verträge sui generis

Individual-
vertrag



Muster- /
Formularvertrag

Allgemeine Geschäfts- bedingungen

➤ vorformulierte
Vertragsbedingungen

➤ für eine Vielzahl
von Verträgen

➤ vom Verwender
gestellt





Eltern haften für ihre Kinder!“

„Keine Haftung für Garderobe!“

„Gekauft wie besichtigt!“

„Reduzierte Ware vom Umtausch
ausgeschlossen!“

„Es gilt die VOB / B!“

Einbeziehung von AGB

➤ Ausdrücklicher Hinweis



➤ Zumutbare Möglichkeit
der Kenntnisnahme

Leistungsstörungen



§ 823 Abs. 1 BGB
(unerlaubte Handlung)

§ 823 Abs. 2 BGB
(Schutzgesetzverletzung)



§ 826 BGB (vorsätzliche,
sittenwidrige Schädigung)

§ 831 BGB
(Haftung für Verrich-
tungsgehilfen)

§ 831 BGB

Sorgfältige Auswahl & Überwachung des Personals



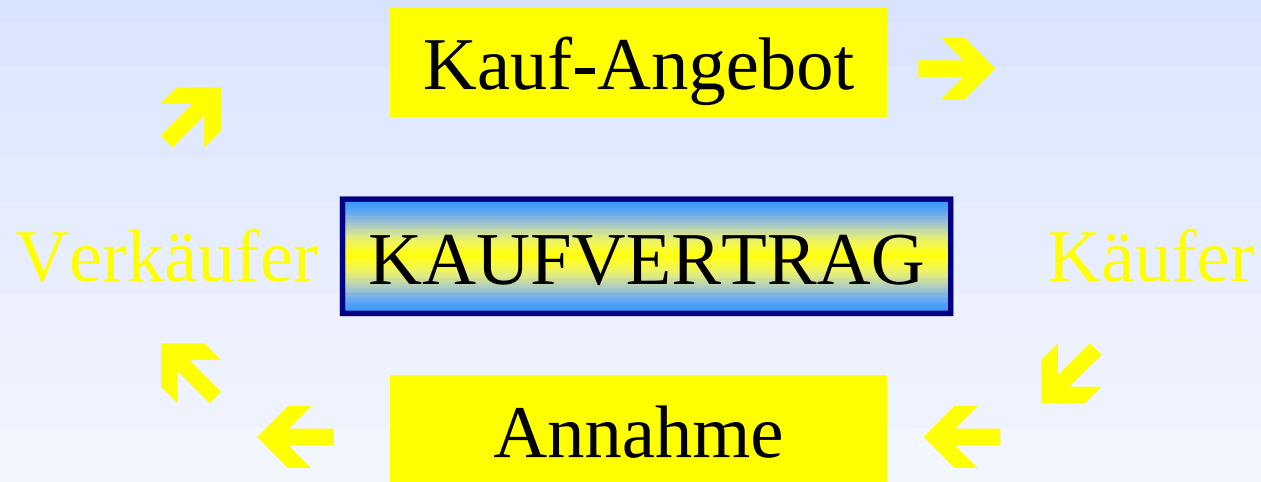
**Produzentenhaftung
(§§ 823 ff. BGB)**

+

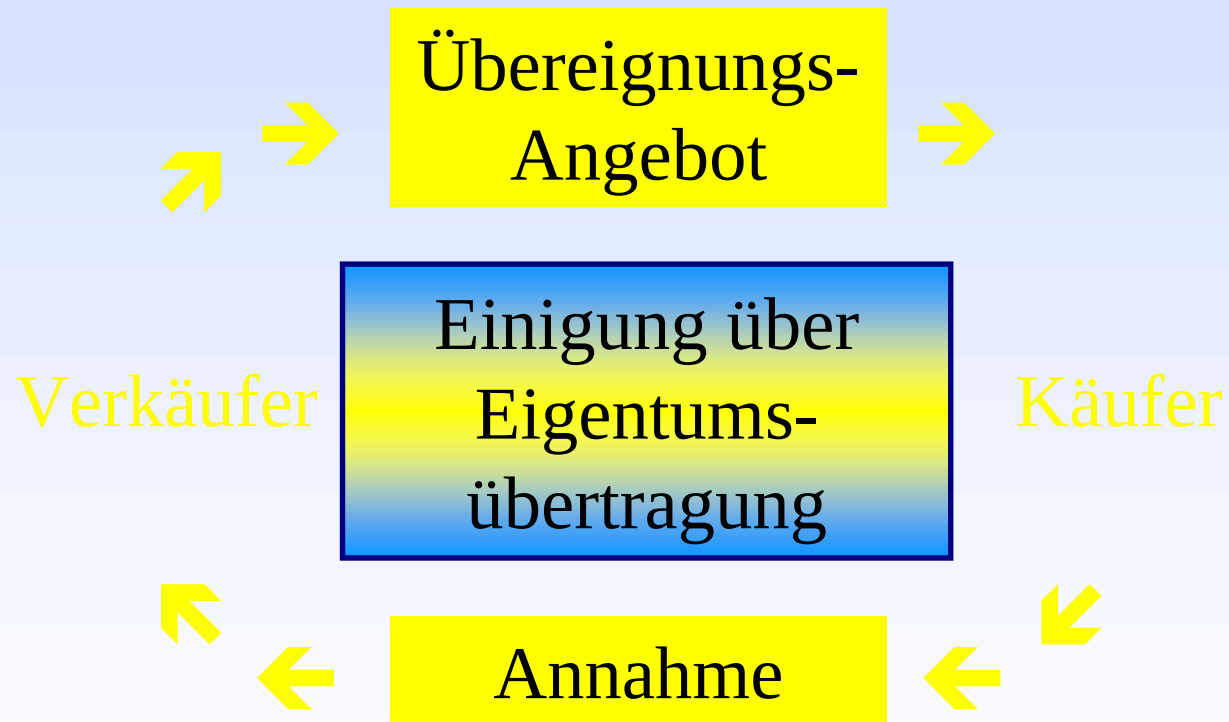
**Produkthaftung
(§§ 1 ff. ProdHaftG)**



Schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft



Dingliches Verfügungsgeschäft



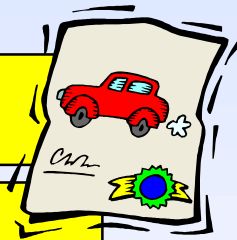
Übereignung beweglicher Sachen

Einigung

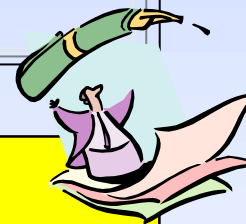
Einigsein

Berechtigung

Übergabe



Forderungs- übertragung (Zession)



Einigung

Übertragbarkeit

Bestimmbarkeit

Inhaberschaft

echtes

unechtes

Factoring



Übereignung von Immobilien



Einigung

Einigsein

Berechtigung

Eintragung ins
Grundbuch

Dingliche Sicherheiten

Hypothek

Grundschuld



Sicherungsübereignung

Sicherungszeession

Verpfändung

Eigentumsvorbehalt

Persönliche Sicherheiten

Bürgschaft

Schuldbeitritt

Patronatserklärung

Garantie



Sicherungszeession

Kreditnehmer ——— Kreditgeber
(Unternehmer) (z.B. Bank)

Besitzer

Darlehensvertrag

Eigen-
tümer

Sicherungsvertrag

Übereignung



Sicherungsübereignung

Probleme:

- Bestimmtheitsgrundsatz
- Übersicherung
 - a) ursprüngliche
 - b) nachträgliche



Sicherungszeession

Kreditnehmer —————> Kreditgeber
(Unternehmer) (z.B. Bank)

Darlehensvertrag

Sicherungsvertrag

Abtretung



Kundenforderungen

Sicherungssektion



Probleme:

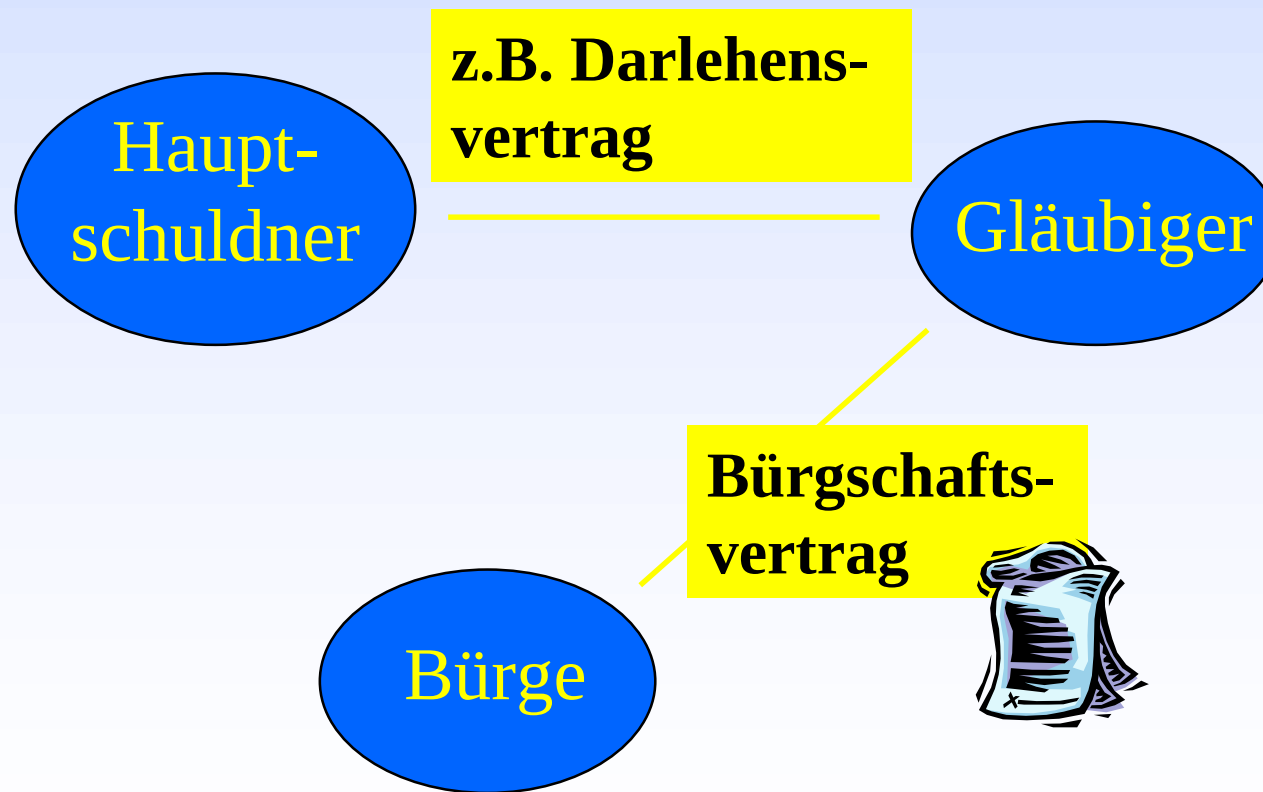
- Übersicherung
 - a) ursprüngliche
 - b) nachträgliche
- Verleitung zum Vertragsbruch
- Knebelung

Eigentumsvorbehalt

Übereignungs-Angebot unter
Bedingung der vollständigen
Kaufpreiszahlung



Bürgschaft



Bürgschaft

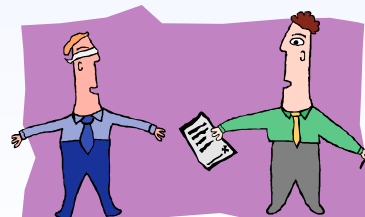
„Wer bürgt, der wird erwürgt!“



weiche

harte

Patronatserklärung



Ursachen für Unternehmens- zusammenbrüche

Schlechte
Zahlungsmoral
der Kunden

Mangelhafte
Forderungs-
verwaltung der
Unternehmen



Bonitätsprüfung

Kreditsicherung



Rechnungsstellung

Überwachung

Mahnwesen

Fälligkeit von Forderungen

Gesetz

Vertrag

Umstände

Sofortige Fälligkeit



Mahnung

„Ernsthaftes Erfüllungsverlangen“



Außergerichtliche Streitbeilegung

Vergleich

Mediation

Schlichtung

Schiedsgerichts-
verfahren



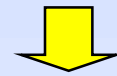
Mahnbescheid



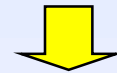
Widerspruch



Gericht



Kein Widerspruch



**Vollstreckungs-
bescheid**



Prozessrisiko

Beweis-
schwierigkeiten

Gerichts- /
Anwaltskosten



Insolvenz des
Schuldners

Zwangsvollstreckung

In Schuldnervermögen



Mobilien

Immobilien

Forderungen

Taktik

Schuldner-
recherche

Vermögens-
recherche



**Antrag auf
eidesstattliche
Versicherung**

**Insolvenz-
antrag**



„Fremdbeitreibung“

Factoring

Inkasso-
unternehmen





Einzelunternehmer

Kaufmann

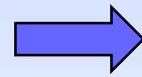
**nicht
kaufmännischer
Unternehmer**



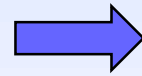
Gesellschaft



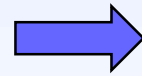
Gesellschaft



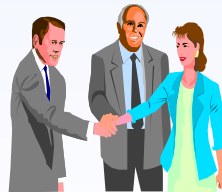
privatrechtliche
Personenvereinigung



durch Rechtsgeschäft
zusammengeschlossen

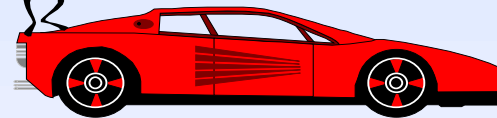
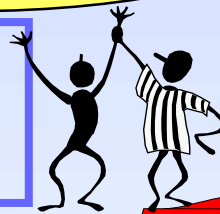


gemeinsamer Zweck



Gesellschaft:

gemeinsamer
Zweck



Bruchteilsgemeinschaft:

jeweils eigener Zweck



öffentlich - rechtliche Zusammenschlüsse

Körperschaft des
öffentlichen Rechts

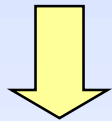
Anstalt des
öffentlichen Rechts

Stiftung des
öffentlichen Rechts

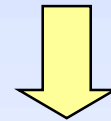
Gesellschaften



Gesellschaftsformen



Personengesellschaften



Körperschaften

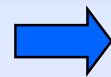


Personengesellschaften

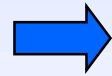


- ➡ BGB-Gesellschaft (GbR)
- ➡ Offene Handelsgesellschaft (OHG)
- ➡ Kommanditgesellschaft (KG)
- ➡ Partnerschaftsgesellschaft (PartG)
- ➡ stille Gesellschaft (stG)
- ➡ Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWiV)

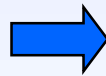
Körperschaften



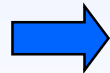
Gesellschaft mit beschränkter
Haftung (GmbH)



Aktiengesellschaft (AG)

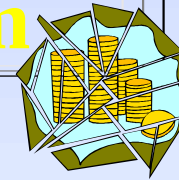


Verein (e.V.)



Genossenschaft (e.G.)

Kriterien für Wahl der Rechtsform



Organisation

Haftung

Gründungskosten

Steuerbelastung

Ansehen

Mitarbeiterbeteiligung

G

ehste

m

it

b

iste

H

in !



KG OHG + Kommanditist(en)
§161 II HGB



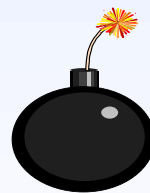
OHG GbR + Handelsgewerbe
§105 III HGB



GbR „Mehrheit von Personen“ +
„Förderung eines gemeinsamen Zwecks“



Fehlerhafte Gesellschaft



Pflichten

+

Rechte

➔ Beitragspflicht

➔ Gewinnbeteiligung

➔ Treuepflicht

➔ Kontrollrechte

➔ Geschäftsführungspflicht



Vertretungsmacht in der GbR

§714 BGB



Regelung im Gesellschaftsvertrag ?



sonst: wie Geschäftsführungsbefugnis

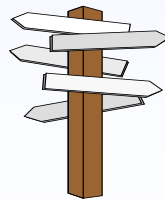
Regelung im Gesellschaftsvertrag ?



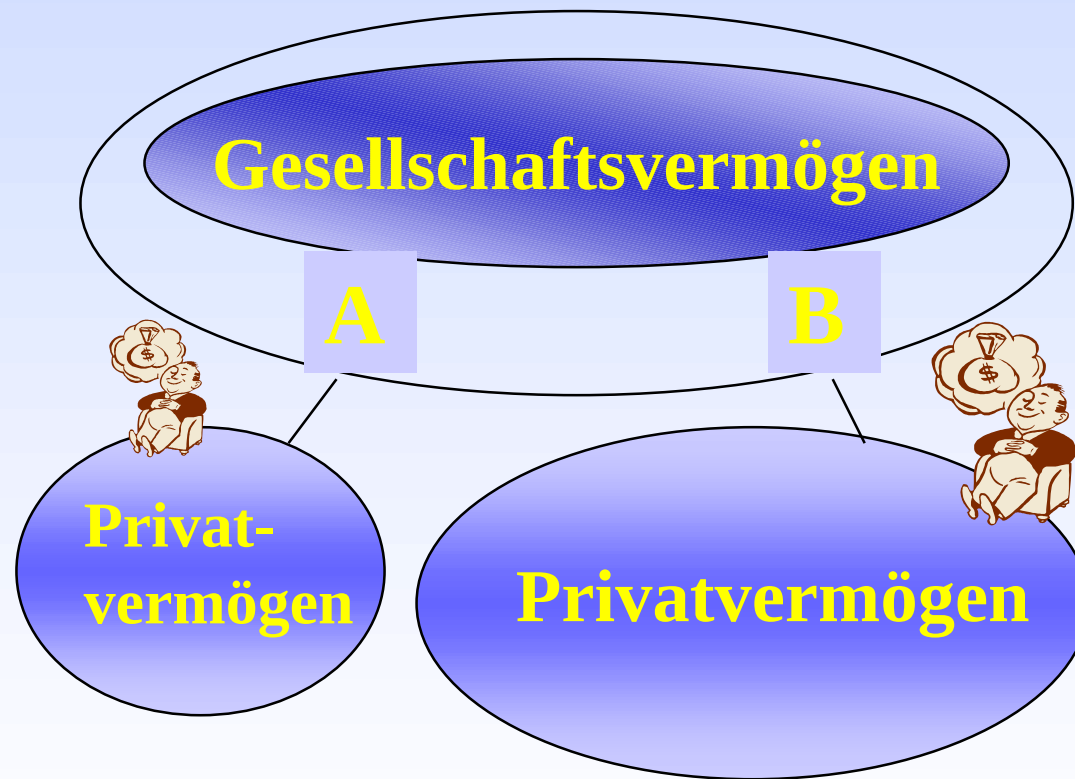
§709 BGB



sonst: Gesamtgeschäftsführungsbefugnis



Haftung in der GbR



OHG

Gesellschafter: Komplementäre !

Haftung :

- persönlich
- unbeschränkt
- primär
- unmittelbar
- gesamtschuldnerisch



KG

Komplementär
(Vollhafter)

Kommanditist
(Teilhafter)
(Haftung mit Einlage)



GmbH & Co. KG

Komplementär + Kommanditist

K
G

GmbH

&

Co.

KG

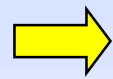


GmbH

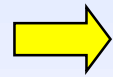
25.000 € Stammkapital



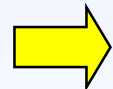
Gründung der GmbH



Gesellschaftsvertrag:
Vorgründungsgesellschaft



notarielle Beurkundung:
Vor - GmbH



HRG - Eintragung: GmbH !



Organe der GmbH

Geschäftsführer



Gesellschafterversammlung

Aufsichtsrat /
Beirat

Organe der AG

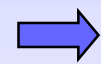
Vorstand



Aufsichtsrat

Hauptversammlung

Existenzgründung



Rechtsformwahl



Anmeldung, Registrierung



„Ämtermühle“

Handelsregister

Gewerbeamt

Finanzamt

Arbeitsamt

AOK

IHK / HWK

Berufsgenossenschaft



Versicherungen für den Unternehmer

Betriebshaftpflicht

Produkthaftpflicht

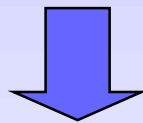
Feuer-, Wasser-, Einbruch

Betriebsunterbrechung

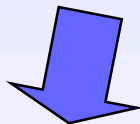
Kreditversicherung



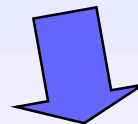
Unternehmensgründung



Unternehmensende ?



Nachfolge,
Kontinuität



Liquidation,
Insolvenz



Definition Unternehmenskrise

Akute Gefahr, die den
Fortbestand des
Unternehmens gefährdet oder
sogar unmöglich macht



Unternehmens- zusammenbrüche

in 2000: ca. 28.000 (Anstieg um 6%
gegenüber 1999)

Volkswirtschaftlicher Schaden:

55 Milliarden DM

440.000 Arbeitsplatzverluste



Hauptursache:

Schlechte Zahlungsmoral der Schuldner
Mangelhafte Forderungsverwaltung der
Unternehmen

externe

betriebsinterne



Krisenursachen



Beispiele *externer* Krisenursachen

→ Politische und konjunkturelle Veränderungen



Abbau des Auftragsvolumens
der öffentlichen Hand



Konkurrenz von Dumpingpreis-
Anbietern aus Billiglohnländern



Beispiele *betriebsinterner* Krisenursachen

- Falsche Investitionsentscheidungen
- Geringe Qualität der Leistung des Unternehmens
 - Zu hoher/teurer Personalbestand
 - Zu geringe Eigenkapitalausstattung
 - Mangelhaftes Forderungsmanagement 

Forderungsmanagement

Bonitätsprüfung

Kreditsicherung

Rechnungsstellung

Überwachung

Mahnwesen



Risiko- und Krisenerkennung

für Unternehmer

für Gläubiger/
Vertragspartner



Krisensignale für Unternehmer

im Bereich Finanzen

im Bereich Produktion

im Bereich Absatz

im `Vertrauensbereich`



Krisensignale für Gläubiger/ Vertragspartner

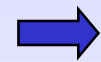
Beispiele:

- ➔ Starke Fluktuation der Geschäftsführung
- ➔ Nichteinlösung von Schecks/Lastschriften
- ➔ Kurzarbeit/Entlassungen
- ➔ Abnahme der Produktqualität

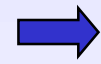


Instrumente zur Krisenerkennung

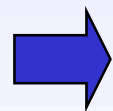
Beispiele:



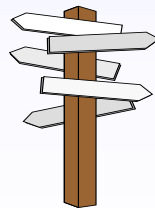
Operative Frühwarnsysteme



Strategische Frühwarnsysteme

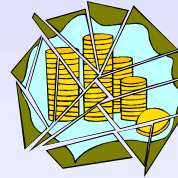


Risikomanagementsystem
(§91 Abs.2 AG)



Insolvenzgründe

Drohende
Zahlungsunfähigkeit



Zahlungsunfähigkeit

Überschuldung

Insolvenzantragspflicht

binnen **3 Wochen !**

bei -Zahlungsunfähigkeit
- Überschuldung

bei -Kapitalgesellschaften



(GmbH/AG/GmbH&Co.KG)

Sanierung *ohne* Insolvenzverfahren

Vermeidung/Beseitigung von

Überschuldung

Zahlungsunfähigkeit



Beseitigung der
Überschuldung

Kapitalerhöhung

Aufnahme neuer Gesellschafter

**Forderungs-(teil-)verzicht
(mit/ohne Besserungsschein)**

Rangrücktrittserklärung



Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Neuaufnahme von Krediten

Stundungsabreden

Verwertung von Anlagevermögen



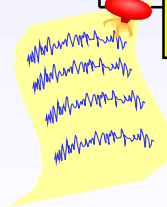
Sanierungsmaßnahmen *außerhalb* der Insolvenz

Außergerichtlicher Vergleich

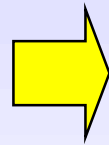
Kostensenkungsmaßnahmen

Umstrukturierung

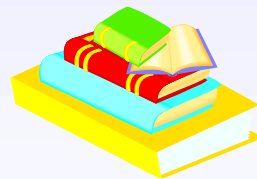
Übertragende Sanierung



Sanierung *im* Insolvenzverfahren



Sanierung durch „*prepackaged plan*“ i.V.m. Insolvenzgrund „*drohender Zahlungsunfähigkeit*“ und Antrag auf „*Eigenverwaltung*“



Haftungsrisiken für das Management in der Unternehmenskrise



Haftung von Gesellschafter/Geschäftsführer
gegenüber der GmbH



(Innenhaftung)



Haftung von Gesellschafter/Geschäftsführer
gegenüber Dritten



(Außenhaftung)



Kreditsicherheiten in der Insolvenz

Bürgschaft

Grundpfandrechte

Schuldbeitritt

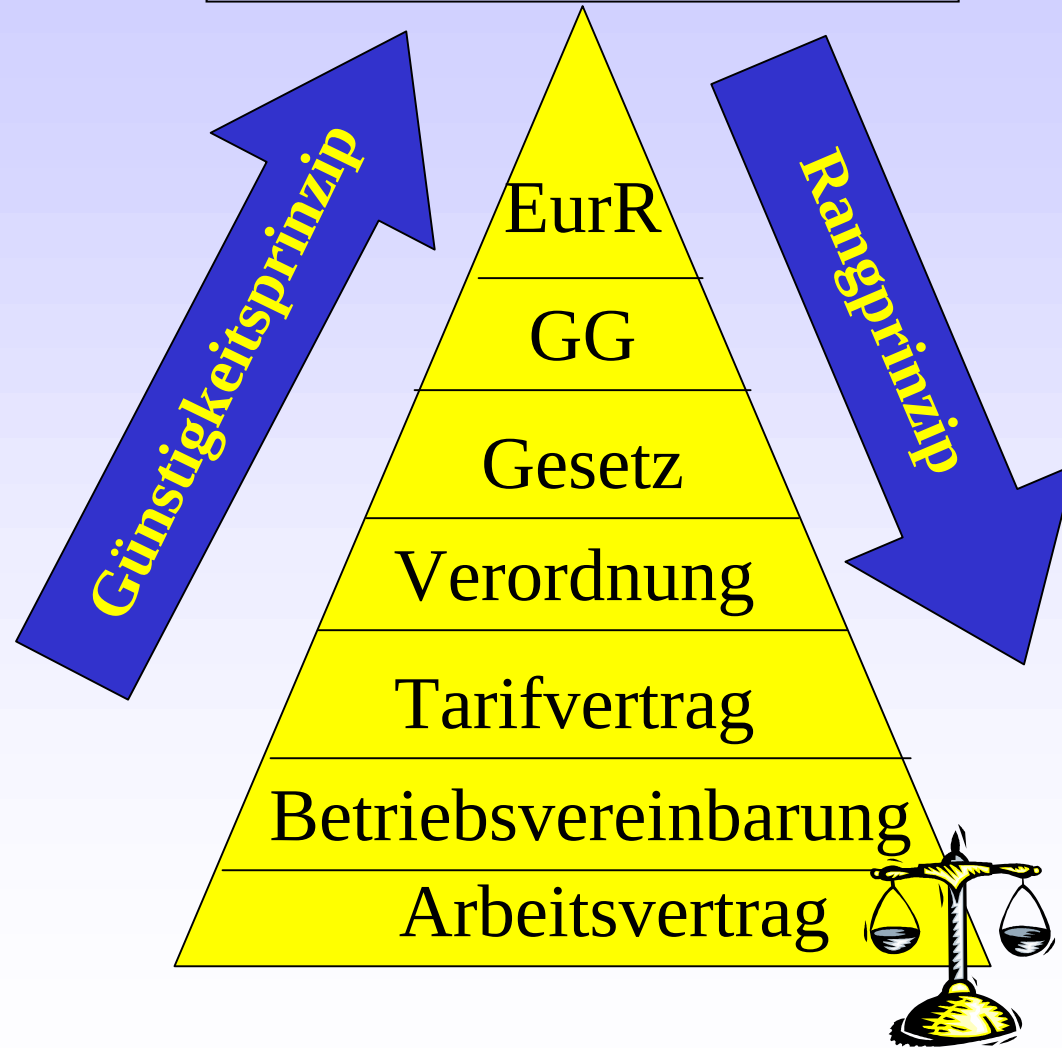




Rettung vor dem Schuldenberg für Ex-Unternehmer :

**(Verbraucher-) Insolvenz
mit
Restschuldbefreiung !**

Normenpyramide



Arbeitnehmer

Privatrechtlicher Vertrag

Leistung vor Arbeit

Für einen anderen

Persönliche
Abhängigkeit
(Weisung)

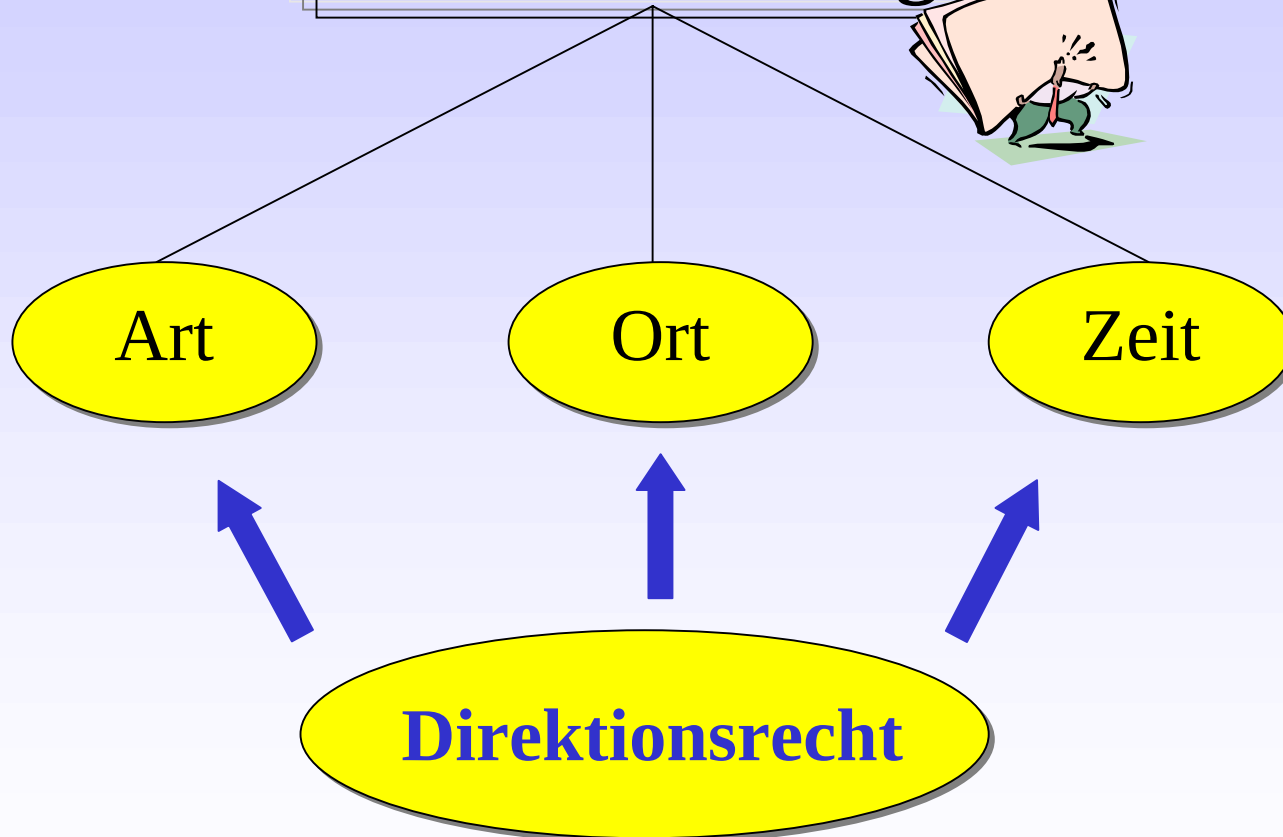
Arbeitnehmer

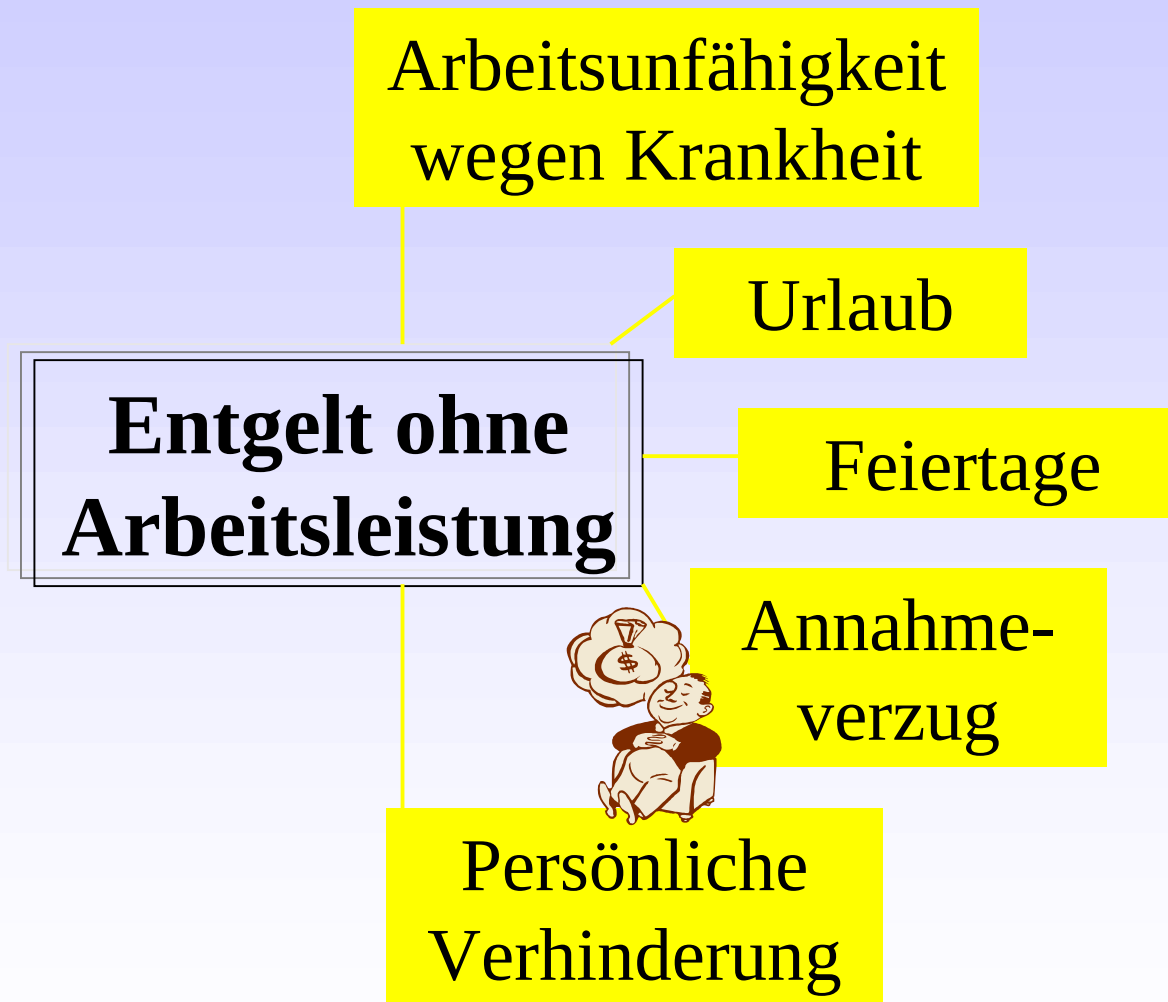
Freie Zeit-
einteilung

Selbstständiger



Arbeitsleistung





Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Tod des Arbeitnehmers

Anfechtungserklärung

Befristung des
Arbeitsverhältnisses

Zeitbefristung

Zweckbefristung

Aufhebungsvertrag

Kündigungserklärung

ordentliche

außerordentliche



Verlängerte Kündigungsfristen

Bei 2 Beschäftigungsjahren
1 Monat zum Monatsende

Bei 5 Beschäftigungsjahren
2 Monate zum Monatsende

Bei 8 Beschäftigungsjahren
3 Monate zum Monatsende

Bei 10 Beschäftigungsjahren
4 Monate zum Monatsende





Kündigungsschutz

Allgemeiner

Besonderer

Arten des elektronischen Geschäftsverkehrs

**Vertragsschluss:
online**

**Vertragsschluss:
online**

**Abwicklung:
herkömmlich
offline**

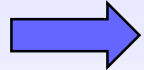
**Abwicklung:
über Internet
online**



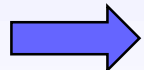
Europarechtliche Entwicklungen



e-commerce-Richtlinie:
Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

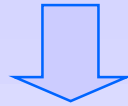


Signatur-Richtlinie:
Signaturgesetz



Fernabsatz-Richtlinie:
Fernabsatzgesetz

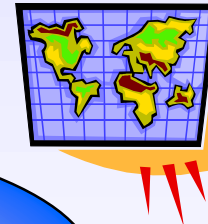
EG-Richtlinie



Frist zur Umsetzung in nationales
Recht durch EU-Mitgliedsstaaten



**nationale
Gesetze**



Auswirkungen von EG-Richtlinien

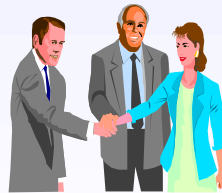
Nach Ablauf der Umsetzungsfrist und
vor Umsetzung in nationales Recht:



zwischen den Vertragsparteien



zwischen Bürger und Staat



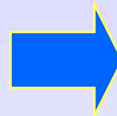
Welches Recht ist anwendbar?



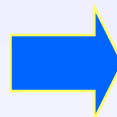
➔ **Internationales Einheitsrecht** (loi uniforme)
z.B. UN-Kaufrecht (CISG) ?

➔ **Deutsches Recht**
z.B. BGB, VerbrKrG ?

➔ **Nationales Recht anderer Staaten**
z.B. US-Recht (Recht einzelner Bundesstaaten),
Italienisches Recht (codice civile) ?



Voraussetzungen für
Anwendung von UN-
Kaufrecht



Voraussetzungen für
Anwendung von
Deutschem Recht

**Falls deutsches Recht anwendbar ist:
Welcher Vertragsart unterfällt der
Online-Vertrag?**



Kaufvertrag

Werkvertrag

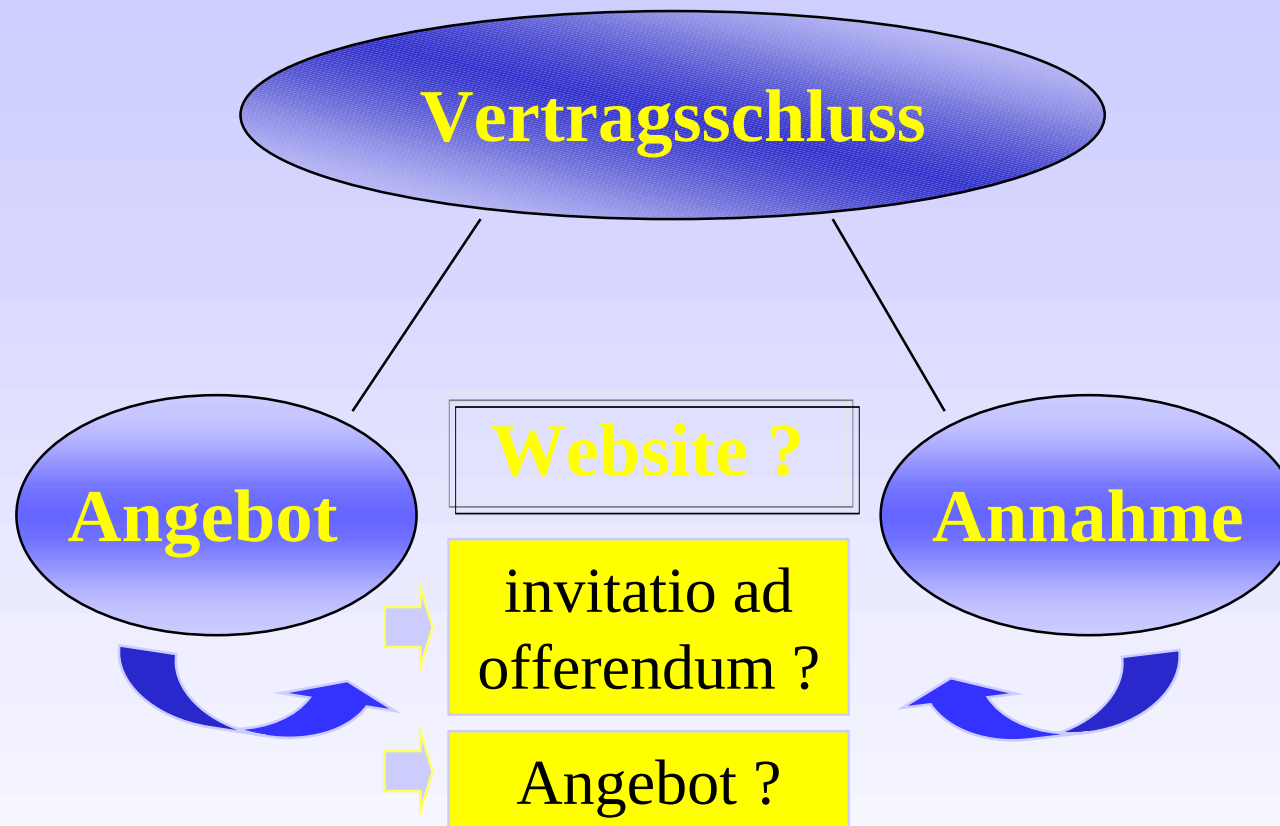
Dienstvertrag

Mietvertrag



**Leihe, Schenkung,
Gefälligkeitsverhältnis**

**Typenkombinationsverträge
und Verträge sui generis**



E-Commerce - Richtlinie



Pflicht zu Informationen über

- ➔ technische Schritte für Vertragsschluss
- ➔ Vertragstext gespeichert/zugänglich ?
- ➔ Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern
 - ➔ Sprachenwahl

**Welche
Wirksamkeitshindernisse
sind zu beachten ?**

Anfechtung

Minderjährigkeit

Formvorschriften

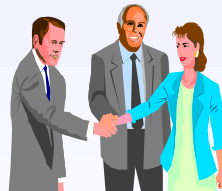
**Gesetzliche
Verbote und
Sittenwidrigkeit**



Einbeziehung von AGBG und Umsetzung im Internet

gegenüber
Verbrauchern

gegenüber
Unternehmern

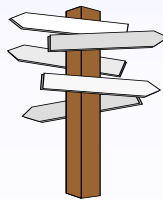


Verbraucherschutzgesetze im e-commerce

Haustürwiderrufsgesetz

Verbraucherkreditgesetz

Fernabsatzgesetz



Mögliche Leistungsstörungen

Gewährleistung

Verzug

Unmöglichkeit

PVV

positive
Vertragsverletzung

WGG

Wegfall der
Geschäftsgrundlage

CIC

culpa in
contrahendo



Wie werden Internetleistungen bezahlt ?

Herkömmlich
(offline)

Digitale
Rechnungssysteme

cybercash

homebanking



Prozessuale Probleme bei Vertragsschluss via Internet

?

Welches Gericht ist für Rechtsstreitigkeiten zwischen den Vertragsparteien international zuständig ?

?

?

Welches Gericht ist örtlich zuständig?

?



Fehlerhafte EDV-Produkte

(Hard- und/oder Software)



Gewährleistung

Garantie

PVV

CIC

deliktische Haftung

Produkthaftung

Vertragliche Gewährleistung

Kaufvertrag
§§ 459 ff. BGB

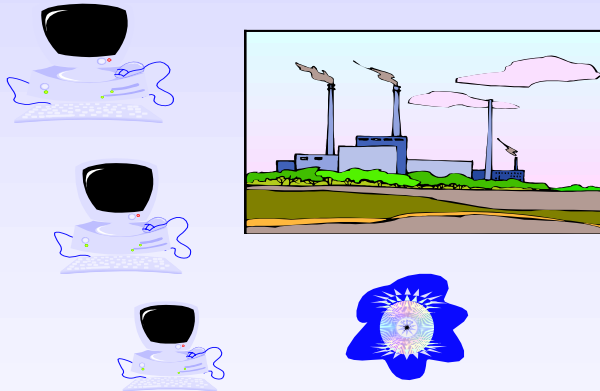
Werkvertrag
§§ 632 ff. BGB

Dienstvertrag
§§ ??? ff. BGB



Beispielsfall

Hersteller

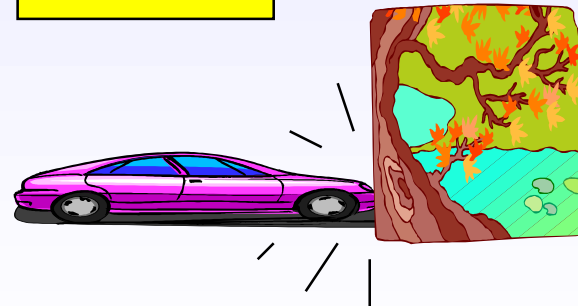
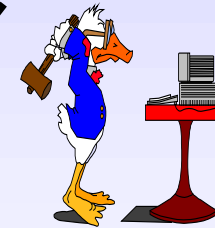


Kaufvertrag

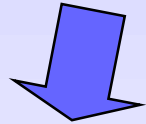
Vertriebs-
händler

Kaufvertrag

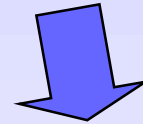
Kunde



Mangel zum Zeitpunkt der Übergabe



Fehler



Fehlen einer
zugesicherten
Eigenschaft



Zusicherung

Definition:

**Besondere Gewährübernahme für
den Bestand dieser Eigenschaften
und Entstehen für die Folgen bei
ihrem Fehlen**



Vertragliche Ansprüche gegen Verkäufer

→ Neulieferung (nur bei Gattungsschuld)

→ Wandelung

→ Minderung



→ Nachbesserung: Nur falls vereinbart ! AGBG!

→ Schadensersatz bei Arglist oder
Fehlen zugesicherter Eigenschaft

→ Schadensersatz aus PVV/CIC

→ Garantie: Falls vereinbart

Gesetzliche Ansprüche gegenüber Verkäufer

➔ deliktische Ansprüche §§823ff BGB

➔ nach ProdukthaftG: i.d.R. **NEIN !**

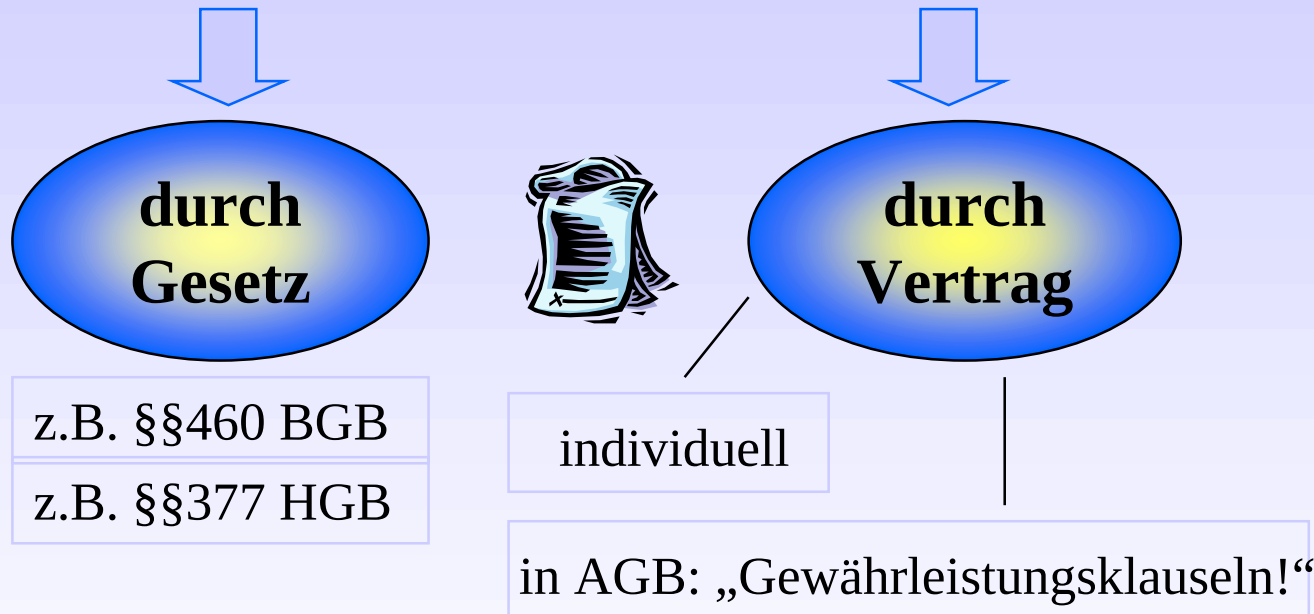


Ansprüche gegenüber Hersteller

- ➔ keine vertraglichen Ansprüche
- ➔ Ausnahme: Herstellergarantie
- ➔ deliktische Ansprüche §§823ff BGB
- ➔ §1 ProdukthaftG



Ausschluss vertraglicher Gewährleistungsansprüche



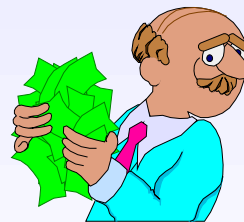
Verjährung von Gewährleistungsansprüchen



Hemmung



Unterbrechung



Gewährleistung im



Mietrecht



Dienstvertragsrecht

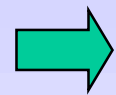
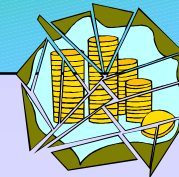


Werkvertragsrecht

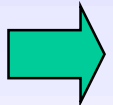


deliktische Produzentenhaftung

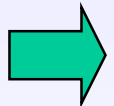
§§823 ff BGB



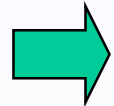
Rechtsgutverletzung
-Eigentum
-Körper



Verschulden



Produzent:
-Produktbeobachtung
- Beweislastumkehr



Schmerzensgeld

Produkthaftung (§1 ProdHaftG)



Produkt

Hersteller

Schäden von Personen oder
privat genutzten Sachen

Haftungsausschlüsse

verschuldensunabhängig !

kein Schmerzensgeld

Vertragliche Haftungsausschlüsse bei CIC/PVV/§823

individuell

nicht für Vorsatz



V
E
R
S
C
H
U
L
D
E
N

Vorsatz
+ Fahrlässigkeit !

in AGB !

nicht für Vorsatz
und grobe FA !

nicht für
Verletzung von
Kardinalpflicht

Lösung Ausgangsfall

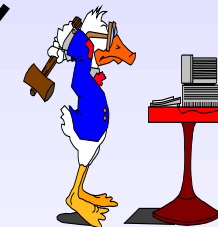
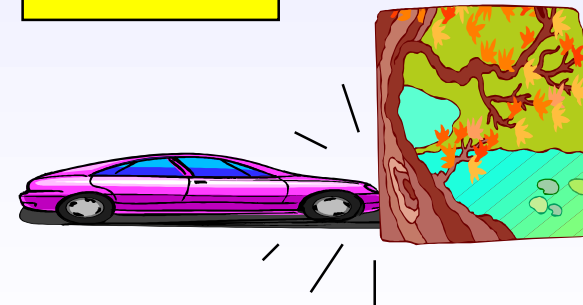
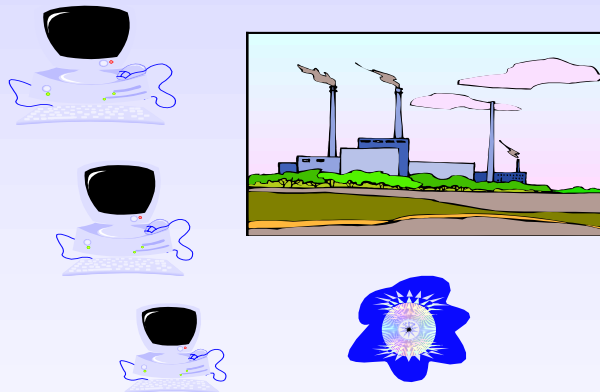
Hersteller

Kaufvertrag

Vertriebs-
händler

Kaufvertrag

Kunde



Ansprüche des Kunden

gegenüber Händler/Verkäufer

Neulieferung

?

Wandelung

Minderung

Nachbesserung

?

SE wegen Arglist / Fehlen
zugesicherter Eigenschaft

?

Garantie

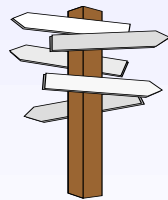
?

SE aus §823 BGB

?

SE aus §1 ProduktHaftG

?



Ansprüche des Kunden

gegenüber Hersteller

vertragl. (Garantie)

?

SE aus §823 BGB

?

SE aus §1 ProduktHaftG

?

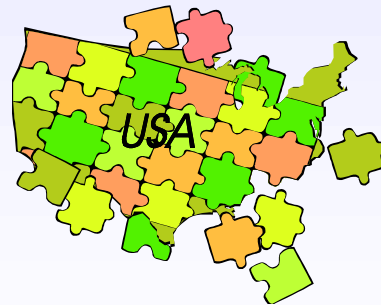


Internationale Produkthaftung

Hochrisikoländer, z.B. USA:



punitive damage !



Private Haftung

und

Strafbarkeit

des Managements in
Produkthaftungsfällen !



Preloss- und Postloss- RISKMANAGEMENT

- ➡ Produkthaftpflichtversicherung
- ➡ Qualitätsmanagement
- ➡ Vertragswesen
- ➡ Mitarbeitersensibilisierung
- ➡ Dokumentation
- ➡ Beweissicherung



Schutzrechte

technisch

- Patent*
- Gebrauchsmuster*
- Halbleiterschutz*

nicht-technisch

- Urheberrecht
- Geschmacksmuster*
- Schriftzeichenschutz*

weiterer Leistungsschutz:

Wettbewerbsrecht, Markenrecht

Begriff des Werkes (§ 2 UrhG)

- Neu
- Schöpfungshöhe: „kleine Münze“ reicht
- persönliche Leistung = Individualität

zu beachten:

- bei tatsächlichen Ereignissen:
nur äußere Form ist geschützt, nicht Inhalt
- bei alltäglichen Dingen (z.B. Stuhl):
besondere Schöpfungshöhe / Kreativität
- Bedienungsanleitung: nur wenn Skizzen
oder Fotos enthalten (= Individualität)

Werksarten (§ 2 Abs. 1 UrhG)

- Nr. 1: Sprachwerke, Computerprogramme
- Nr. 2: Musikwerke
- Nr. 3: Pantomime, Tanzkunst
- Nr. 4: bildende Kunst, Baukunst
- Nr. 5: Lichtbildwerke
- Nr. 6: Filmbildwerke
- Nr. 7: Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art

Verwertungsrechte des Urhebers

- Vervielfältigung (§ 16)
- Verbreitung (§ 17)
- Ausstellung (§ 18)
- Vortrag, Aufführung, Vorführung (§ 19)
- Senderecht (§ 20)
- Wiedergabe durch Bild- / Tonträger (§ 21)
- Wiedergabe von Funksendungen (§ 22)

Schranken z.G. der Allgemeinheit

- Zitierrecht (§ 51): Kleinzitat, Grosszitat
- Öffentliche Wiedergabe (§ 52)
- Privater Gebrauch (§ 53)
 - beachte: - Buch nicht vollständig kopieren
 - keine Verbreitung
 - Entschädigung für Urheber

Schranken z.G. der Medien

- Öffentliche Reden (§ 48)
- Zeitungsartikel/Rundfunkkommentare (§ 49)
- Bild-/Tonberichterstattung (§ 50)
- Unwesentliches Beiwerk (§ 57)

Zivilrechtliche Sanktionen (§ 97)

- Beseitigung der Beeinträchtigung
- Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen
- Ersatz des materiellen Schadens
- Ersatz des immateriellen Schadens
- Herausgabe des Gewinns

Einzelfälle

- 20% des Verkaufspreises bei Bronzestatue
- DM 100,- bei Fotovorlage für Gemälde
- DM 300,- / Auflage 100.000 bei Abdruck eines Liedtextes in einer Zeitung
- DM 7 000,- für Grafik in Möbelkatalog
- DM 16.000,- für Fotographie in Zeitung

Zustimmungsbedürftige Handlungen (§ 69 c)

- Vervielfältigungen (Nr. 1)
- Bearbeitungen / Umarbeitungen (Nr. 2)
- Verbreitung / Vermietung (Nr. 3)

Ausnahmen von der Zustimmungspflicht

- Bestimmungsgemäße Benutzung (§ 69 d)
- Erstellen einer Sicherungskopie (§ 69 d)
- Beobachten und Testen um zu Grunde liegende Ideen zu ermitteln (§ 69 d)
- Dekompilierung (§ 69 e)

Zusammenfassung

- Keine Anmeldung des Rechts nötig
- Werksbegriff muss erfüllt sein
- 7 Verwertungsrechte z.G. des Urhebers
- Schranke für die freie Nutzung des Werks
- zivil- / strafrechtliche Sanktionen
- Verwertungsgesellschaften
- Urheberrecht bei Computerprogrammen

Wettbewerbsrecht

1. keine Absprachen (Preis, Gebiet):

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
(GWB = „Kartellgesetz“) / EG-Vertrag

2. kein unlauterer (= unfairer) Wettbewerb:

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
(UWG= Wettbewerbsrecht im engeren Sinn)

Generalklausel: § 1 UWG

Verboten ist:

- im geschäftlichen Verkehr
- zu Zwecken des Wettbewerbs
- ein Verstoss gegen die guten Sitten

Kundenfang

Beispiele:

- irreführende Werbung (falsche Angaben, bezweckte Verwechslung, versteckte Werbefahrt)
- Einsatz psychischer Druckmittel (Vertreterbesuch bei Prospektanforderung)
- Belästigung (Telefonwerbung, aufdringliche Strassenwerbung)
- Ausnutzen der Spiellust (Preisausschreiben mit Warenabsatz, Abholen des Gewinns im Geschäft)
- Gefühlsausnutzung (falsche Blindenware)

Behinderung des Mitbewerbers

- Absatzbehinderung: Werbung vor anderem Geschäft, Überkleben von Plakaten
- Preiskampf: Verkauf unter Einstand um Konkurrenz zu vernichten

Ausbeutung fremder Leistungen

- sklavische Nachahmung
- unmittelbare Leistungsübernahme
- Rufausbeutung
- Schaffen einer Verwechslungsgefahr

Rechtsfolgen bei Verstoss gegen § 1 UWG

- Klage auf Schadensersatz
- Klage auf Unterlassung
- Beseitigungs- / Widerrufsanspruch
- Anspruch auf Herausgabe des Gewinns

Sondertatbestände: §§ 14 ff UWG

- Anschwärzung (§ 14)
- Geschäftliche Verleumdung (§ 15)
- Verrat von Geschäftsgeheimnissen (§ 17)
- unbefugte Verwertung von Vorlagen (§ 18)

Sondervorschriften: §§ 2 ff UWG

- Vergleichende Werbung (§ 2)
- irreführende Werbung (§ 3)
- besondere Werbeformen (§§ 6 - 6c)
(Berechtigungsscheine, Herstellerwerbung)
- Sonderveranstaltungen (§§ 7, 8)
(Jubiläums-, Räumungs-, Schlussverkauf)

Beispiele für Marken § 3 Abs. 1 MarkenG

- Wörter, einschl. Personennamen
- Abbildungen
- Buchstaben
- Zahlen
- Hörzeichen
- dreidimensionale Gestaltungen (einschl. Form und Verpackung der Ware)
- sonstige Aufmachungen (einschl. Farben und Farbzusammenstellungen)

Absolute Schutzhindernisse (§ 8 Abs. 2)

- Nr. 1 fehlende Unterscheidungskraft
- Nr. 2 Freihaltebedürfnis
- Nr. 3 Gattungsangaben
- Nr. 4 Täuschungsgefahr
- Nr. 5 Verstoss gegen öffentliche Ordnung
- Nr. 6 Gebrauch von Hoheitszeichen
- Nr. 7 Gebrauch von amtlichen Prüfzeichen
- Nr. 8 Kennzeichen internat. Organisationen
- Nr. 9 Verstoss gegen sonstige Vorschriften

Entstehen von Marken (§ 4)

1. Eintragung ins Markenregister

Dt. Patent- u. Markenamt in München
Zuordnung zu einem Warenverzeichnis
Eintragungs- / Widerspruchsverfahren

2. Verkehrsgeltung

Bekanntheitsgrad im Inland > 20 - 60 %

3. Notorisch bekannte Marken (Weltmarken)

Inhalt des Markenrecht

- § 14: Verwendung zur Kennzeichnung der Ware im geschäftlichen Verkehr
- § 27: Übertragen der Nutzungsbefugnis
- § 30: Lizenzen einräumen

Rechte bei Verletzung

- Widerspruchsverfahren beim Schutz anderer Marken (§ 9)
- Unterlassungsanspruch (§ 15 Abs. 4)
- Schadensersatz (§ 15 Abs. 5)
- Vernichtung gekennzeichneteter Ware (§ 18)
- Auskunftsanspruch über Herkunft / Vertrieb (§ 19)
- Antrag auf Warenbeschlagnahme (§ 146)

Haftung nach dem TelediensteG

- Contentprovider (§ 3 Nr. 1, § 5 Abs. 1)
(eig. Inhalt, zu-eigen-machen fremder Inhalte)
volle Haftung (zivil- und strafrechtlich)
- Accessprovider (§ 3 Nr. 1, § 5 Abs. 3)
(gewährt nur Zugang zum Internet)
keine Haftung

Haftung des Serviceproviders (§ 5 Abs. 2)

- Fälle:

Speicherplatz, Haftung für links,
Plattformen für fremde Kommunikation
(newsgroup, chatroom, forum)

- Haftung:

- bei Kenntnis vom strafbaren Inhalt
- wenn Nutzungssperre technisch möglich
und für Serviceprovider zumutbar

Datenschutz

bedeutet ...

Schutz der Persönlichkeitsrechte

Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“

Datenschutz

Ziele sind ...

Selbstbestimmung

Vertraulichkeit

Spurenlosigkeit

Transparenz

Sicherheit

Integrität

Authentizität

Verfügbarkeit

Datenschutz

Struktur des Rechts ...

Allgemein

Bundesdatenschutzgesetz

Landesdatenschutzgesetze

Europäische Normvorschriften

Bereichsspezifisch

Sozialgesetzbücher

Krankenhausgesetz

Strafgesetzbuch

Abgabenordnung

Meldegesetz

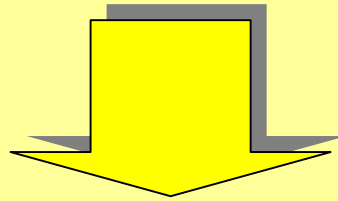
Mediengesetze

:

Datenschutz

Grundsatz

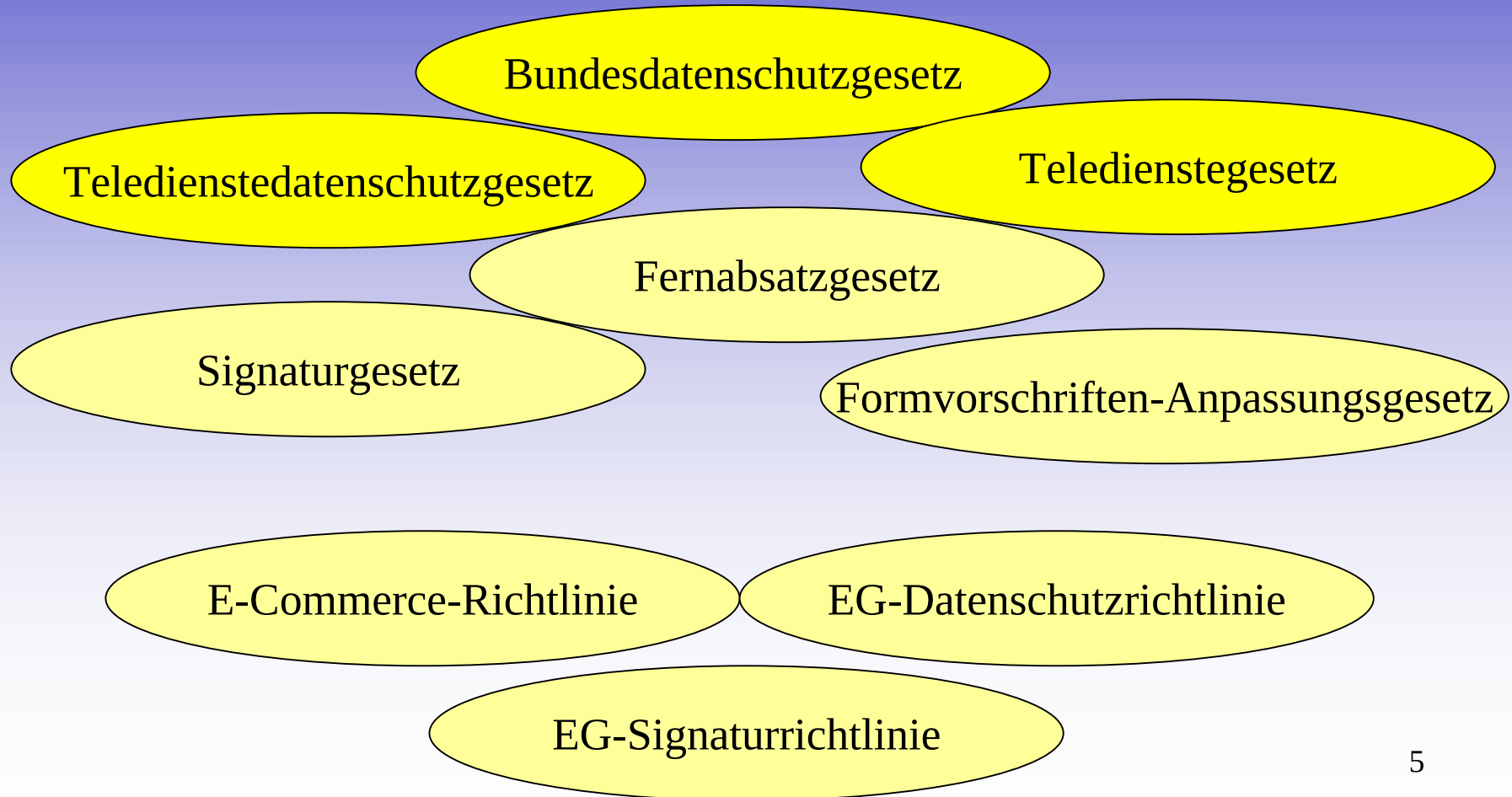
Datenschutzgesetze sind allgemeine Regelungen



Soweit vorhanden,
gehen bereichsspezifische Regelungen vor

Datenschutz

Normen sind ...



Datenschutz

Einige Grundsätze des BDSG (1)

Datenvermeidung und Datensparsamkeit

Zulässigkeitsvoraussetzungen

Informierte Einwilligung

Übermittlungsregelungen ins Ausland

Grundsätzliche Meldepflicht

Datenschutz

Einige Grundsätze des BDSG (2)

Betrieblicher Datenschutzbeauftragter
Technische und organisatorische Maßnahmen
Strikte Zweckbindung
Rechte des Betroffenen
Kontrolle durch Aufsichtsbehörden
Bußgeld- und Strafvorschriften

Datenschutz

Technische und organisatorische Maßnahmen

Zutrittskontrolle
Zugangskontrolle
Zugriffskontrolle
Weitergabekontrolle
Eingabekontrolle
Auftragskontrolle
Verfügbarkeitskontrolle
Zweckbindungskontrolle

Datenschutz

Datenübermittlung ...

Innerstaatlich

Inner-Europäisch

Drittländer

Datenschutz

Kontrolle und Sanktionen ...

Kontrollorgane:
Aufsichtsbehörden

Anlassunabhängige
Kontrollmöglichkeit

Sanktionen z.B.:

- Verfahrensuntersagung
- Gewerbeuntersagung
- Bußgeld

Datenschutz

Grundsätze des TDDSG ...

Gesetzesvorbehalt

Zweckbindung

Kein Einwilligungszwang

Datensparsamkeit

Vorab-Unterrichtung

Elektronische Einwilligung

Widerrufsrecht

Datenschutz

Unterrichtungspflichten nach TDDSG ...

Art, Umfang, Ort und Zweck

Widerrufsrecht

Anonyme und pseudonyme Nutzung

Anonyme und pseudonyme Bezahlung

Anzeige der Weitervermittlung

Datenschutz

Datenarten ...

Bestandsdaten	Nur für Vertragsverhältnis	Werbung u.ä. – Einwilligung	Keine Weitergabe an Dritte
Nutzungsdaten	Frühestmögliche Löschung	Nutzungsprofile nur bei Pseudon.	Weitergabe nur anonymisiert
Abrechnungsdaten	Löschen nach max. 80 Tagen		Weitergabe für Forderungseinzug