

NEUE RECHTSENTWICKLUNGEN

14. Jahrgang Nr. 4

Dezember 2006

EDITORIAL

Liebe Leserinnen und Leser,

nachdem wir im November die ausführliche Sonderausgabe des Mandantenrundbriefes dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) gewidmet hatten, beginnen wir die letzte Ausgabe unserer Mandanteninformation im Jahre 2006 mit gesellschaftsrechtlichen Themen:

Dr. Jens Hoffmann (Detmold) berichtet ausführlich über den jetzt vorgelegten Entwurf des „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechtes und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG), mit dem das Recht der GmbH nach mehr als 25 Jahren einer umfassenden Reform unterzogen werden soll.

Gute Nachrichten aus Erfurt, dem Sitz des Bundesarbeitsgerichtes, verbreitet *Dr. Andrea Pirscher* (Bielefeld). Sie berichtet von arbeitgeberfreundlichen Neuerungen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zur sozialen Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen.

Nach einem Ausflug ins Internet-Recht, auf dem Sie *Dr. Sebastian Meyer* (Bielefeld) begleitet, folgen zwei abschließende Beiträge von Herrn *Dr. Franz Tepper* (Gütersloh), der Risiken US-amerikanischer Prozesse beschreibt.

Mit herzlichen Grüßen!



Wir wünschen allen unseren Mandanten und Lesern
ein gesegnetes Weihnachtsfest
und ein glückliches und erfolgreiches neues Jahr!

An diesen Standorten sind wir für Sie da:

Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld
Tel.: (0521) 96535-0
Fax: (0521) 96535-99
E-Mail: Bielefeld@bdphg.de

Lindenweg 2
32756 Detmold
Tel.: (05231) 9857-0
Fax: (05231) 9857-50
E-Mail: Detmold@bdphg.de

Thesings Allee 3
33332 Gütersloh
Tel.: (05241) 5358-0
Fax: (05241) 5358-40
E-Mail: Guetersloh@bdphg.de

Rathenaustraße 96
33102 Paderborn
Tel.: (05251) 7735-0
Fax: (05251) 7735-99
E-Mail: Paderborn@bdphg.de

Stresemannstr. 111
10963 Berlin
Tel.: (030) 254496-0
Fax: (030) 254496-50
E-Mail: Berlin@bdphg.de

Ferdinand-Lassalle-Str. 2
04109 Leipzig
Tel.: (0341) 2118350
Fax: (0341) 2118352
E-Mail: Leipzig@bdphg.de

71, Rue du Faubourg St.Honoré
F-75008 Paris
Tel.: (0033-1) 42666861
Fax : (0033-1) 42668901
E-Mail: wenner@wenneravocats.com

INHALT

GmbH-Reform: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts (MoMiG)	2
Kurzfristige Überbrückungskredite und Eigenkapitalersatzrecht.....	5
Arbeitsrecht: Neues zur Sozialauswahl.....	6
Welchen Nutzen haben Disclaimer auf einer Website?	7
Pre-Trial Discovery in den USA: Alles kommt raus!	8
Prophylaxe gegen drohende US-amerikanische Klagen: Die negative Feststel- lungsklage in Deutschland	9
Wir über uns	11

GmbH-Reform: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts (MoMiG)

Das GmbH-Gesetz soll zum ersten Mal seit der Novelle 1980 reformiert werden. Zu diesem Zweck hat das Bundesjustizministerium den Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG) auf den Weg gebracht. Hintergrund des Entwurfes ist, dass die deutsche GmbH unter Wettbewerbsdruck geraten ist, nachdem der Europäische Gerichtshof (EuGH) dafür gesorgt hat, dass ausländische Gesellschaften in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU) anzuerkennen sind. Das hat innerhalb der EU zu einem Wettbewerb der nationalen Gesellschaftsrechte um die attraktivste Form der Kapitalgesellschaft geführt. Zudem hat die Rechtsprechung des EuGH namentlich der britischen Limited (Ltd.) den Weg nach Deutschland geebnet. Deshalb soll die GmbH zukünftig attraktiver gemacht und ihre Gründung erleichtert werden.

Der Entwurf ist zwar noch nicht in das förmliche Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Die Stellungnahmen aus Praxis und Wissenschaft zum MoMiG sind jedoch überwiegend positiv. Der Entwurf besitzt also gute Chancen, politisch verwirklicht zu werden. Aus diesem Grund lohnt es sich schon jetzt, einen Blick auf die Schwerpunkte des MoMiG zu werfen, auch wenn mit dessen Umsetzung nicht vor Ende des Jahres 2007 zu rechnen ist.

Der Entwurf sieht vor, das **Mindeststammkapital** einer GmbH von bislang 25.000,00 € auf 10.000,00 € **zu senken**. Diesen Betrag müssen die Gesellschafter aufbringen, um eine GmbH zu errichten. Dabei muss – wie bisher – die Hälfte des Mindeststammkapitals sofort bei Gründung der Gesellschaft eingezahlt werden. Neu ist, dass diese Regelung auch für die Gründung einer Ein-Mann-GmbH gelten soll. Hier muss der Alleingesellschafter heute entweder das gesamte Mindeststammkapital einzahlen oder für die Differenz zwischen eingezahltem Mindestbetrag und dem Stammkapital Sicherheit (z.B. in Form einer Bürgschaft) leisten. Zudem soll es den GmbH-Gründern künftig erleichtert werden ihre Geschäftsanteile bei der Gründung besser auf ihre persönlichen Bedürfnisse „zuzuschneiden“. Anders als nach geltendem GmbH-Recht sollen sie schon bei Errichtung der GmbH mehrere Stammanteile übernehmen können. Weiterhin ist geplant, dass ein GmbH-Anteil nicht mehr mindestens 100 € betragen und durch 50 teilbar sein muss. Diese Regelung macht heute mitunter Kapitalerhöhungen erforderlich, nur um die gewünschten prozentualen Beteiligungsverhältnisse abbilden zu können. Nach dem Willen des Entwurfs soll ein GmbH-Geschäftsanteil zukünftig nur noch auf volle Euro lauten (z.B.: 1 €, 53 €, 17.434 €).

An dem Erfordernis **notarieller Beurkundung** der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen hält der Entwurf fest. Hintergrund ist nicht zuletzt, dass Notare nach dem MoMiG an der Eintragung neuer Gesellschafter in die **Gesellschafterliste** mitwirken sollen. Denn an die Gesellschafterliste will das MoMiG weitreichende Folgen knüpfen. Die Liste soll zukünftig den **gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen** ermöglichen: Ist jemand länger als drei Jahre lang unrichtig in der Gesellschafterliste eingetragen, gilt er als Inhaber des Geschäftsanteils. Ein gutgläubiger Erwerber kann dann den GmbH-Anteil von jemandem erwerben, der gar nicht Gesellschafter der GmbH ist. Hiervon verspricht sich der Entwurf bei Unternehmenskäufen Erleichterungen für die Praxis.

Völlig neu gestalten will das MoMiG die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Krise. Hintergrund ist, dass in der Krise der GmbH die Darlehen von Gesellschaftern an ihre GmbH wie Stammkapital behandelt werden. Das hat zur Folge, dass in der Krise die Rückzahlung von Darlehen an die Gesellschafter unzulässig ist (**eigenkapitalersetzende Darlehen**). Zum Eigenkapitalersatzrecht hat sich im Laufe der Zeit eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt. Die Rechtsprechung ist neben die §§ 32a, 32b GmbH-Gesetz getreten, die ebenfalls Regeln zu eigenkapitalersetzenden Darlehen enthalten. Diese „Zweispurigkeit“ von Rechtsprechungsregeln einerseits und gesetzlichen Anordnungen andererseits hat das Eigenkapitalersatzrecht selbst für den Fachmann nur noch schwer nachvollziehbar gemacht.

Der Entwurf will deshalb das geltende Recht grundlegend vereinfachen und die Rechtsfigur der eigenkapitalersetzenden Darlehen abschaffen. Stattdessen werden neue Absicherungsmechanismen in der Insolvenzordnung (InsO) geschaffen. Denn es muss auch zukünftig verhindert werden, dass Gesellschafterdarlehen in der Krise zu Lasten der GmbH-Gläubiger an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Geplant ist, dass im Falle der Insolvenz der GmbH jedes noch offene Gesellschafterdarlehen nachrangig ist. Das bedeutet, dass der Gesellschafter mit seiner Darlehensforderung gegen die insolvente GmbH hinter alle anderen Gläubigeransprüche zurücktritt. In der Praxis kommt die in dem Entwurf vorgesehene Neuregelung daher einem vollständigen Ausfall des Gesellschafters mit seiner Darlehensforderung gleich. Ausgenommen von der geplanten Neuregelung bleiben – wie bisher – Kredite, die der GmbH zum Zwecke ihrer Sanierung gewährt („Sanierungsprivileg“) oder von Gesellschaftern gegeben wurden, die mit weniger als 10 % an der GmbH beteiligt sind („Kleinbeteiligtenprivileg“).

Durch die gesetzlich angeordnete Nachrangigkeit der Gesellschafterdarlehen will der Entwurf zudem die bisherigen Schwierigkeiten bei der korrekten Formulierung einer **Rangrücktrittserklärung** des Gesellschafters lösen. Diese ist heute erforderlich, um die Überschuldung einer GmbH zu verhindern und die Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers abzuwenden.

Für den Fall, dass die GmbH das Darlehen noch im letzten Jahr vor der Stellung des Antrags zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens an ihren Gesellschafter zurückgezahlt haben sollte, erklärt das MoMiG diese Rückzahlung für anfechtbar. Das bedeutet, dass die zurückgezahlten Darlehensbeträge nicht beim Gesellschafter verbleiben dürfen, sondern von ihm zur Insolvenzmasse zurückzuerstatten sind. Eine vergleichbare Rückgewährpflicht soll es für den Fall geben, wenn es mangels Masse nicht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH kommt.

Darüber hinaus enthält der Entwurf **Maßnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen**. Denn in den letzten Jahren sind vermehrt Sachverhalte bekannt geworden, in denen bei sich abzeichnender Insolvenz der GmbH die Geschäftsanteile bewusst auf andere Personen übertragen wurden. Diese sorgten dafür, dass der Sitz verlegt, die Firma geändert und die Geschäftsführer ausgetauscht wurden oder gänzlich „abtauchten“. Durch ein solches Vorgehen werden natürlich Zustellungen an die GmbH erschwert oder verhindert und Gläubigern die Verfolgung ihrer Rechte erschwert. In Zukunft soll deshalb stets eine zustellungsfähige Geschäftsanschrift der GmbH im Handelsregister eingetragen sein. Kann unter dieser Anschrift nicht zugestellt werden, soll unter erleichterten Bedingungen die öffentliche Zustellung möglich sein. Gläubiger sollen also nicht mehr gezwungen sein, zeitaufwendig zu recherchieren, wo sich der Vertreter einer GmbH gerade befindet. Hierin liegt ein erheblicher Vorteil, weil gerade in solchen Missbrauchsfällen der Zeitfaktor bis zur Zustellung von Forderungen und Titeln eine entscheidende Rolle spielt.

Gleichzeitig nimmt das MoMiG die **Gesellschafter** und die **Geschäftsführer** verstärkt in die Pflicht. Den Gesellschaftern will der Entwurf die Pflicht auferlegen, ihre GmbH nicht führungslos zu lassen. In dem Extremfall, dass kein Geschäftsführer mehr vorhanden ist und die GmbH zahlungsunfähig wird, soll daher zukünftig jeder Gesellschafter verpflichtet sein, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Diese Pflicht trifft bislang nur den Geschäftsführer und kann im Falle eines Verstoßes Schadensersatzpflichten und strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Zudem haftet der Geschäftsführer einer GmbH auch heute schon auf Schadensersatz, wenn er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung der GmbH Zahlungen leistet. Künftig soll er im Falle der Zahlung an einen Gesellschafter auch dann schadensersatzpflichtig sein, wenn er durch diese Zahlung die Zahlungsunfähigkeit der GmbH erst herbeigeführt hat. Sollte diese Regelung tatsächlich umgesetzt werden, müssten Geschäftsführer einer GmbH, die sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, künftig vor Zahlungen an die Gesellschafter prüfen, ob die GmbH nach dem zu erwartenden Lauf der Dinge nach der Ausschüttung noch in der Lage ist, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen.

Weitere Maßnahmen wie beispielsweise eine Neuregelung des Cash-Pooling im Konzern und das Recht der GmbH, ihren Verwaltungssitz ins Ausland zu verlagern, komplettieren die geplante Reform. Mit welchem Inhalt das MoMiG gesetzlich umgesetzt wird, lässt sich derzeit allerdings noch nicht vorhersagen. Manche Regelung dürfte noch gestrichen, geändert und ergänzt werden. Sollte der Entwurf aber, wie von den Entwurfsverfassern vorgesehen, zum 01.10.2007 in Kraft treten, kann man schon jetzt Folgendes feststellen: Die Reform wird eher punktuelle Eingriffe in das bestehende GmbH-Recht bringen als epochale Umwälzungen.

Dr. Jens Hoffmann
Detmold

Kurzfristige Überbrückungskredite und Eigenkapitalersatzrecht

Grundsätzlich können die Gesellschafter einer GmbH frei darüber entscheiden, ob sie ihre GmbH mit Fremd- oder mit Eigenkapital finanzieren. Gerät eine GmbH in die Krise, soll das Finanzierungsrisiko jedoch nicht einseitig auf die Gläubiger der GmbH abgewälzt werden. Darlehen, welche die Gesellschafter ihrer GmbH gewährt haben, werden daher in der Krise zu haftendem Eigenkapital umqualifiziert. Hinter dieser Umqualifizierung steht der Gedanke, dass ordentliche Kaufleute ihrer GmbH in einer Krisensituation kein Darlehen gewährt, sondern ihr Eigenkapital zugeführt hätten. Die zu Eigenkapital umqualifizierten Darlehen (sog. eigenkapitalersetzende Darlehen) dürfen von der GmbH nicht mehr an die Gesellschafter zurückbezahlt werden, falls die GmbH zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Werden sie gleichwohl zurückgezahlt, steht der GmbH ein Erstattungsanspruch gegen ihre Gesellschafter zu. Diesen Anspruch macht in der Praxis der Insolvenzverwalter gegen die Gesellschafter geltend.

So war es auch in dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung des II. Senats des Bundesgerichtshofs (BGH) in seinem Urteil vom 17.07.2006 zugrunde lag. Der klagende Insolvenzverwalter nahm den Alleingesellschafter der insolventen GmbH unter dem Gesichtspunkt des Eigenkapitalersatzes auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass der Gesellschafter seiner GmbH lediglich einen Überbrückungskredit gewähren wollte. Für Überbrückungskredite, die nur der Überwindung eines kurzfristigen Liquiditätsengpasses dienen, lässt die Rechtsprechung nämlich eine Ausnahme von den Eigenkapitalersatzregeln zu. Denn ein Überbrückungskredit dient nur der Überwindung eines vorübergehenden finanziellen Engpasses, ist aber kein fester Bestandteil der Unternehmensfinanzierung und daher auch kein Ersatz für haftendes Eigenkapital.

Noch nicht definiert hatte die Rechtsprechung indes bislang die Laufzeit, die ein solcher Kredit nicht überschreiten darf, wenn er noch als kurzfristiger Überbrückungskredit gelten soll. In dieser Frage hat der BGH jetzt für Klarheit gesorgt: Ein kurzfristiger Überbrückungskredit (und damit eine Ausnahme von den Eigenkapitalersatzregeln) kommt nur in Betracht, wenn das Darlehen für längstens drei Wochen gewährt wird. Die Festlegung des BGH auf den Zeitraum von drei Wochen ist konsequent. Denn diese Zeitspanne stimmt mit der Frist überein, die das GmbH-Gesetz dem Geschäftsführer zur Beantragung des Insolvenzverfahrens zubilligt, falls die GmbH zahlungsunfähig wird.

Dr. Jens Hoffmann
Detmold

Arbeitsrecht: Neues zur Sozialauswahl

Die gute Nachricht vorweg: Das BAG hat seine Rechtsprechung zur Sozialauswahl zugunsten der Arbeitgeber geändert.

Typischerweise muss der Arbeitgeber, wenn er nicht aufgrund einer vollständigen Betriebsstilllegung der gesamten Belegschaft kündigt, vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung eine soziale Auswahl treffen. So ermittelt er, welcher konkrete Arbeitnehmer eine Kündigung erhält. § 1 Abs. 3 KSchG schreibt vor, wie das zu geschehen hat: Der Arbeitgeber muss zunächst die vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb ermitteln und dann unter ausreichender Berücksichtigung der vom Gesetzgeber vorgegebenen sozialen Kriterien (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten sowie eine etwaige Schwerbehinderung) die Sozialauswahl treffen.

Wird nicht nur einem Arbeitnehmer, sondern einem Teil der Belegschaft gekündigt, kann der Arbeitgeber die Vorauswahl nach einem Punktesystem vornehmen, indem er für die einzelnen sozialen Kriterien jeweils bestimmte Punkte vergibt. In Betrieben mit Betriebsrat unterliegt die Errichtung eines solchen Punkteschemas der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates (vgl. dazu den Beitrag im Mandantenrundbrief Nr. 1/2006, S. 8 ff.). Am Ende der Punkteliste stehen dann die Mitarbeiter mit der geringsten Punktzahl; sie sind die sozial stärksten. Der Arbeitgeber muss dieses schematisch gewonnene Ergebnis im Rahmen einer Gesamtwürdigung überprüfen und ggf. korrigieren.

So einfach ist es in der Praxis aber leider nicht! Dem Arbeitgeber können bei der Ermittlung der Punktwerte Fehler unterlaufen. Wird daraufhin einem Arbeitnehmer nicht gekündigt, obwohl er bei richtiger Berechnung hätte gekündigt werden müssen, konnten sich bislang in den Kündigungsschutzprozessen alle gekündigten Arbeitnehmer mit Erfolg auf diesen einen Fehler berufen. Das galt nach der Rechtsprechung auch dann, wenn der Arbeitgeber bei fehlerfreier Berechnung nur einen anderen Arbeitnehmer von der Kündigungsliste genommen hätte. Wie ein

Dominostein alle folgenden zu Fall bringen kann, konnte ein Fehler alle Kündigungen alle Kündigungen unwirksam machen.

Damit ist jetzt Schluss! Das BAG hat am 09.11.2006 seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben. Der Arbeitgeber hat jetzt die Möglichkeit im Prozess darzulegen, dass der jeweilige Kläger auch bei richtiger Erstellung der Punkteliste zur Kündigung angestanden hätte. Die Kündigung ist dann zumindest nicht insoweit wegen fehlerhafter Sozialauswahl unwirksam. Der Fehler ist für die Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers nicht ursächlich geworden und die Sozialauswahl jedenfalls im Ergebnis ausreichend. Landet ein Arbeitnehmer in der Liste fehlerhaft bei den nicht zu kündigenden Arbeitnehmern, weil ihm zu viele Punkte zugebilligt wurden, wird im Kündigungsschutzprozess geprüft, auf welchen Platz der Liste er richtigerweise „fällt“. Nur der Arbeitnehmer, der dadurch in der Liste zu den nicht zu Kündigenden „aufsteigt“, kann sich darauf im Prozess mit Erfolg berufen. Die anderen Kläger profitieren davon nicht mehr. Das BAG hat sich erfreulicherweise einmal von logischen Argumenten und nicht vom Arbeitnehmerschutzgedanken leiten lassen! Weiter so!

Werden betriebsbedingte Kündigungen aufgrund einer Betriebsänderung ausgesprochen und hat der Arbeitgeber vorher mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit einer sog. Namensliste vereinbart, so wird nach dem Gesetz vermutet, dass die Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sind; die soziale Auswahl wird nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft. Unerlässlich ist, dass der Interessenausgleich und die Namensliste die gesetzliche Schriftform einhalten. Fehlen die Unterschriften unter der Namensliste, so muss diese zumindest mit dem Interessenausgleich fest verbunden sein. Dabei reicht es allerdings nicht aus, wenn der Interessenausgleich schon vor der Verbindung mit der Namensliste unterschrieben wird und die Namensliste erst später angeheftet wird. Nach einer neuen Entscheidung des BAG vom 06.07.2006, müssen beide schon im Augenblick der Unterzeichnung zu einer einheitlichen Urkunde verbunden sein. Am besten ist es, beide Betriebspartner unterschreiben beide Urkunden separat; so bleiben die „Segnungen“ der Namensliste auf jeden Fall erhalten.

Dr. Andrea Pirscher
Bielefeld

Welchen Nutzen haben Disclaimer auf einer Website?

Auf vielen Websites findet sich ein Disclaimer, mit dem versucht wird, die Haftung für Verweise auf fremde Internetseiten auszuschließen. Im Rahmen des Disclaimers wird dann regelmäßig auf eine angeblich einschlägige Entscheidung des Landgerichts Hamburg aus dem Jahre 1998 verwiesen; dies soll – so die Hoffnung der Anbieter – ausreichen, um sich einer Haftung zu entziehen. Es hat sich eine Art Standard-Disclaimer mit folgendem Wortlaut entwickelt: „Mit Urteil vom 12. Mai 1998 hat das Landgericht Hamburg entschieden, dass man durch die Ausbringung eines Links die Inhalte der gelinkten Seiten gegebenenfalls mit zu verantworten hat. Dies kann

nur dadurch verhindert werden, dass man sich ausdrücklich von diesem Inhalt distanziert. Für alle Links auf dieser Homepage gilt: Ich distanzieren mich hiermit ausdrücklich von allen Inhalten aller gelinkten Seiten auf meiner Homepage und mache diese Inhalte nicht zu Eigen.“

Bei genauerer rechtlicher Betrachtung hält sich der Nutzen eines derartigen Disclaimers jedoch in Grenzen. Es ist nicht möglich, durch einseitige Erklärung die Haftung gegenüber einem Dritten auszuschließen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des LG Hamburg, bei der es ausschließlich um die Haftung für ehrverletzende Äußerungen ging, auf die durch eine Homepage verwiesen wurde. Nur für diesen Fall hat das Landgericht festgestellt, dass aufgrund der Gestaltung der Internetseite und des Gesamtkontextes erkennbar gewesen sei, dass sich der Betreiber der Internetseite die fremden ehrverletzenden Äußerungen zu Eigen mache. Die sich daraus ergebende Haftung könne – so das LG Hamburg – auch gerade nicht dadurch verhindert werden, dass der Betreiber die Haftung für fremde Inhalte ausschließe. Über die Notwendigkeit eines Disclaimers zur Vermeidung einer Haftung für fremde Inhalte hat das Landgericht keinerlei Aussage getroffen!

Entscheidend ist vielmehr für die rechtliche Bewertung und eine mögliche Haftung, ob hinreichend deutlich wird, bei welchen Angaben es sich um eigene Inhalte handelt und wo nur auf fremde Inhalte verwiesen wird. Wichtiger als die Einfügung eines Disclaimers ist daher die deutliche Abgrenzung zwischen internen Verweisen und externen Links. Für den Inhalt erkennbar fremder Seiten ist der Anbieter nur dann verantwortlich, wenn er sich deren Inhalt zu Eigen macht, wofür auf die Gesamtumstände abzustellen ist. Der Anbieter der Website sollte zusätzlich in regelmäßigen Abständen die verlinkten Seiten überprüfen, da in der Rechtsprechung teilweise eine entsprechende Verpflichtung angenommen wird. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass mit Setzen eines Hyperlinks eine Gefahrenquelle eröffnet werde und Kontrollpflichten entstehen. Danach ergibt sich ein Haftungsrisiko auch dann, wenn die verlinkte Seite nachträglich verändert wird und etwa rechtswidrige Inhalte hinterlegt werden.

Dr. Sebastian Meyer, LL.M.
Bielefeld

Pre-Trial Discovery in den USA: Alles kommt raus!

Vor der mündlichen Verhandlung („trial“) findet in den USA die sog. „pre-trial discovery“ statt, die im deutschen Prozessrecht keine Parallele findet. Es handelt sich dabei um die Ermittlung des Sachverhalts durch die Prozessparteien. Dies soll gewährleisten, dass beide Parteien mit vollständiger Sachverhaltskenntnis und denselben Chancen in die mündliche Verhandlung gehen.

Im Rahmen der pre-trial discovery müssen insbesondere umfangreich Dokumente vorgelegt werden. Dazu zählen insbesondere auch die interne e-mail Korrespondenz sowie interne Vermerke und Notizen. Gerade diese Dokumente werden jedoch selten mit dem Blick auf die US-amerikanische pre-trial discovery verfasst. In deutschen Zivilprozessen würden solche rein internen Dokumente in der Regel nicht vorgelegt werden müssen. Es liegt auf der Hand, dass solche internen Dokumente sehr oft Formulierungen enthalten, die der Gegenseite auf keinen Fall bekannt werden sollten. In einem US-amerikanischen pre-trial discovery Verfahren ist das jedoch nicht zu vermeiden. Das kann zu unerwarteten Wendungen im Verlauf des Prozesses führen.

All das ist nicht neu. Dennoch fehlt immer noch die notwendige Sensibilität für diese Problematik. Für Unternehmen, die Geschäftsbeziehungen zu den USA unterhalten, ist es deshalb von außerordentlicher Wichtigkeit, dass gerade die interne Kommunikation per e-mail mit Sorgfalt verfasst werden. Jeder sollte wissen, dass in einem potentiellen Verfahren vor US-amerikanischen Gerichten alles vorgelegt werden muss. Da die Anzahl der Verfahren vor US-amerikanischen Gerichten, an denen deutsche Unternehmen beteiligt sind, in den letzten Jahren sehr stark zugenommen hat, gewinnt dieser Aspekt zunehmend an wirtschaftlicher Bedeutung.

Dr. Franz Tepper
Gütersloh

Prophylaxe gegen drohende US-amerikanische Klagen: Die negative Feststellungsklage in Deutschland

US-amerikanische Zivilprozesse verursachen sehr hohe Kosten, die in der Regel mehrere Hunderttausend Euro erreichen. Diese Kosten müssen unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits von jeder Partei selbst getragen werden, d.h. es gibt keine Kostenerstattung in US-amerikanischen Zivilverfahren.

Die Frage, ob der Kläger tatsächlich einen Anspruch gegen den Beklagten hat, wird erst gegen Ende eines US-amerikanischen Zivilverfahrens bedeutsam. Bis zu diesem Zeitpunkt sind bereits erhebliche Kosten – insbesondere durch die immer mehr ausufernden pre-trial discovery Verfahren (vgl. hierzu den weiteren Betrag in diesem Rundbrief) – entstanden.

Es gilt deshalb Argumente zu finden, die so früh wie möglich in einen US-amerikanischen Verfahren berücksichtigt werden und die Chance haben, es zu beenden. Dazu kann die negative Feststellungsklage dienen, die vor deutschen Gerichten gegen den potentiellen US-amerikanischen Kläger erhoben wird.

Bei der negativen Feststellungsklage stellt der Kläger den Antrag festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat. Eine solche Klage setzt in dem hier erörterten Kontext voraus, dass der US-amerikanische Beklagte sich eines solchen Anspruchs – ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten – berühmt hat. Das ist im Vorfeld einer Auseinandersetzung mit US-amerikanischen Geschäftspartnern sehr häufig der Fall.

Die negative Feststellungsklage muss in Deutschland allerdings erhoben werden, bevor der US-amerikanische Geschäftspartner eine Klage in den USA erhebt. Ansonsten würde die deutsche Feststellungsklage wegen sog. anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) abgewiesen. Die Rechtshängigkeit eines Prozesses vor einem US-amerikanischen Gericht ist nämlich grundsätzlich zu beachten, weil die von diesem Gericht zu fällende Entscheidung in Deutschland voraussichtlich anerkannt würde. Der Spagat zwischen der Fortführung Erfolg versprechender außergerichtlicher Verhandlungen und dem Bedürfnis an rechtzeitiger Klageerhebung in Deutschland ist praktisch natürlich nicht ganz problemlos.

Wird die negative Feststellungsklage in Deutschland rechtzeitig erhoben, bewirkt dies nach US-amerikanischem Prozessrecht nicht, dass die Klage des US-amerikanischen Geschäftspartners in den USA wegen anderweitiger Rechtshängigkeit abgewiesen wird. Vielmehr kann dies zu einer Verfahrensaussetzung oder zur Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des US-amerikanischen Gerichts nach den Regeln der „forum non-conveniens doctrine“ führen. Der Richter in den USA hat insoweit allerdings einen sehr großen Ermessensspielraum. Ohne eine negative Feststellungsklage in Deutschland würden diese Einwendungen aber gar nicht oder nur mit wesentlich reduzierten Erfolgsaussichten zur Verfügung stehen. Die Verfahrensaussetzung sowie die Abweisung wegen Unzuständigkeit würden im Wege eines Antrags in dem US-amerikanischen Verfahren bereits vor der pre-trial discovery, d.h. sehr früh und bevor hohe Kosten in den USA entstehen, berücksichtigt werden.

Wird der negativen Feststellungsklage in Deutschland stattgegeben, verhindert dies die Vollstreckung eines evtl. entgegenstehenden US-amerikanischen Urteils soweit es mit dem deutschen Urteil unvereinbar ist (§§ 723 Abs. 2 S. 2, 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO). Dies eröffnet die Option, sich in den US-amerikanischen Verfahren nicht weiter zu verteidigen, sollte den Anträgen auf Aussetzung oder Abweisung wegen Unzuständigkeit in den USA nicht stattgegeben werden. Dieser Schritt ist aber gut zu überlegen. Ignoriert man das Verfahren in den USA, ergeht am Ende ein Versäumnisurteil gegen das deutsche Unternehmen, in der vom Kläger beantragten Höhe. Dieses Urteil ist jedenfalls in den USA vollstreckbar. Soweit die deutsche beklagte Partei Vermögen in den USA hat (z.B. Forderungen gegen US-amerikanische Kunden) unterliegt dies dem Vollstreckungszugriff des Klägers.

Die negative Feststellungsklage stellt nur einen kleinen Ausschnitt der Erwägungen dar, die bei einer Auseinandersetzung mit US-amerikanischen Parteien anzustellen sind. Sie ist allerdings sehr früh in die Überlegungen mit einzubeziehen und rechtfertigt daher, besonders erwähnt zu werden.

Dr. Franz Tepper
Gütersloh

Wir über uns

Unter dieser Rubrik möchten wir Ihnen von Tätigkeiten und Ereignissen berichten, die ein wenig außerhalb der eigentlichen Anwaltstätigkeit liegen, mit ihr jedoch gleichwohl in Bezug stehen. Die genannten Veröffentlichungen stellen Ihnen die Autoren selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Gleich zwei Büros unserer überörtlichen Sozietät sind in den vergangenen Monaten in **neue Räume** eingezogen: Unsere Paderborner Kollegen haben Ende August ihre Umzugskisten in der Rathenaustraße 96 in Paderborn ausgepackt. Ende November haben die Bielefelder Rechtsanwälte der Sozietät ihren Standort in den neuen „Adenauer-Turm“ verlegt; die Anschrift lautet jetzt Adenauer Straße 1 in Bielefeld.

Die Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer hat vor einigen Monaten die Einführung neuer **Fachanwaltsbezeichnungen** beschlossen. Einige der Kollegen aus unseren Reihen haben zwischenzeitlich die erforderlichen theoretischen und praktischen Qualifikationen nachgewiesen und dürfen die neuen Fachanwaltstitel führen:

Herr Rechtsanwalt **Dr. Oliver Knodel** (Bielefeld) ist seit Oktober 2006 berechtigt, die Bezeichnung *Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht* zu führen.

Unser Gütersloher Partner **Hartmut Sanderling** ist seit November 2006 berechtigt, die Berufsbezeichnung *Fachanwalt für Erbrecht* zu führen.

Am 29. November 2006 hat Herr Rechtsanwalt **Dr. Martin Dippel** (Paderborn) im nordrhein-westfälischen Landtag an einer Sachverständigenanhörung zum geplanten „Bürokratieabbaugesetz I“ teilgenommen, das landesweit – nicht nur in der „Modellregion OWL“ – gelten soll. Unter anderem hat er sich dort kritisch zur probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens u.a. im öffentlichen Baurecht und im Arbeitsschutz- und Gewerberecht geäußert. Nach Auffassung von Dr. Dippel wird mit der geplanten Abschaffung des Widerspruchsverfahrens keine Deregulierung vorgenommen. Vielmehr würde den Wirtschaftsunternehmen ein praxiserprobter und kostengünstiger Teil ihres Rechtsschutzes, mit dem auch bürokratische Überregulierungen bekämpft werden können, genommen.

Herr Rechtsanwalt **Dr. Nils Gronemeyer** (Paderborn) hat in der Zeitschrift Baurecht (BauR 2006, 1410) einen Aufsatz mit dem Thema *Die Zulässigkeit von großflächigem Einzelhandel unter besonderer Berücksichtigung der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.11.2005* veröffentlicht.

Unsere Gütersloher Kollegen werden seit dem 15. August 2006 durch Frau Rechtsanwältin **Christina-Marie Köster** verstärkt. Frau Köster ist in Paderborn geboren und hat nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität in Trier dort ihr erstes juristisches Staatsexamen abgelegt. Während ihres Studiums hat Frau Köster eine fachspezifische Fremdsprachenausbildung im französischen Recht absolviert. Nach ihrem ersten Examen hat Frau Köster *international business and commercial law* an der University of East Anglia (Norwich, England) studiert. Ihr Referendariat hat Frau Köster dann in der ostwestfälischen Heimat, in Paderborn, durchlaufen. Nach ihrem 2. Staatsexamen im April 2006 und einer anschließenden freiberuflichen Tätigkeit in einer Paderborner Kanzlei verstärkt Frau Köster nunmehr unser Team in Gütersloh.

Herr **Dr. Sebastian Meyer** aus unserem Bielefelder Büro hat einen Aufsatz zur momentan äußerst aktuellen Frage der Zulässigkeit der Nutzung fremder Kennzeichen als Keywords bei kontextsensitiver Werbung verfasst. Der Beitrag mit dem Thema „Google AdWords: Wer haftet für vermeintliche Rechtsverletzungen“ ist im Dezember-Heft der Zeitschrift *Kommunikation & Recht* erschienen (K&R 2006, 557).

Der im November 2006 auf dem Jahreskongress in Salvador de Bahia neu gewählte Präsident der weltumspannend tätigen, internationalen Anwaltsorganisation UIA (Union Internationale des Avocats / International Association of Lawyers), der Brasilianer Lins O Silva, hat **Prof. Dr. Burghard Piltz** (Gütersloh) zu einem seiner drei Berater berufen.
