

# Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement

Planung, Verhandlung, Design und Durchführung von Verträgen

Bearbeitet von

RA Prof. Dr. Benno Heussen, RA Dr. Gerhard Pischel, Dr. Jan Curschmann, RA Dr. Martin Imbeck, RA Dr. Markus Junker, RA Dr. Selim Keki, RA Dr. Dirk von dem Knesebeck, RA'in Dr. Dagmar Knigge, RA Clemens Kochinke, RA Dr. Tim Luthra, Prof. Dr. Fredmund Malik, RA, StB Wolfram Meven, RA Dr. Thomas Pattloch, RA Dr. Reiner Ponschab, RA Dr. Benno Schwarz, RA Mikio Tanaka, Notar Prof. Dr. Bernd Wegmann, Ra'in Gabrielle H. Williamson, RA Hans-Peter Benckendorff

4., neu bearbeitete Auflage 2014. Buch. XCIV, 1355 S. Gebunden

ISBN 978 3 504 06306 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen > Vertragsgestaltung, Formularbücher](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Heussen/Pischel (Hrsg.)

## **Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement**

Planung, Verhandlung, Design und Durchführung von Verträgen

4. neu bearbeitete Auflage, 2014, ca. 1449 Seiten, gebunden, Handbuch

ISBN 978-3-504-06306-1

149,00 €

### b) Verhandlungsregie

Die Verhandlungsregie besteht in dem Einfluss, den jede Partei auf Organisation und Gang der Verhandlung nehmen kann. Hierzu gehören: 449

- ➔ – **Tagesordnung** und **Themen**,
- **Teilnehmer**,
- **Zeitraumen**,
- **Ablaufplanung**,
- vorbereitende **Checklisten** und **Fragenlisten**,
- Vorbereitung von **Entwürfen**,
- **Gesprächsführung**,
- **organisatorische Hilfsmittel**,
- Planung von **Begleitereignissen** (Arbeitsessen, Entertainment).

Es steht jedem Verhandlungspartner frei, sich einzelner oder aller Themen anzunehmen, und wie schon beim Gewinnen der **Entwurfsregie** gewinnt derjenige die entscheidenden **taktischen Vorteile**, der weiß, dass die **Verhandlungsregie** entscheidend für seinen Erfolg ist, und der imstande ist, schneller zu handeln als die andere Seite. Wer als erster nach vernünftigen Gründen sucht, warum eine Verhandlung an seinem Ort stattfinden soll, zwingt den anderen dazu, bessere Gründe für einen anderen Vorschlag zu finden, und wer als erster eine **Tagesordnung** vorlegt, kann meist auch die **Gesprächsführung** bestimmen – das **wichtigste taktische Hilfsmittel** bei der Verhandlung. 450

Man ist allerdings nicht verloren, wenn man bei einzelnen Punkten zunächst im zeitlichen Nachteil ist, man muss dann aber um einzelne Elemente, die die Verhandlungsregie bestimmen, aktiv ringen und darf die Abläufe nicht auf sich beruhen lassen. Wer etwa zu einer Konferenz in den Räumen der anderen Seite eingeladen ist und daher den Verhandlungsort nicht bestimmen kann, sollte möglichst **frühzeitig** dort sein: Dann kann er sich nämlich am Verhandlungstisch die Plätze aussuchen, die die **strategisch** besten sind (unten Rz. 477). Dieser Taktik kann nur ein wirklich kundiger Vertragspartner durch noch frühzeitigere Verteilung von Sitzkarten begegnen!

Sorgfältige Planung der Organisation von Konferenzen hat über die taktischen Vorteile hinaus eine viel weiter reichende Wirkung. Gute Organisation kann man nämlich nur leisten, wenn man sich um die Bedürfnisse der anderen Seite kümmert und sich fragt, wie man selbst in vergleichbarer Situation behandelt werden möchte. So kann man seine Mitarbeiter damit beauftragen, bestimmte Wünsche anreisender Manager bei deren Sekretariaten zu ermitteln und möglichst zu erfüllen. Ein magenkranker Manager, der ohnehin selten zu guter Laune neigt, wird sich gegen das Gefühl der Dankbarkeit kaum wehren können, das er empfinden 451

muss, wenn ihm unaufgefordert seine gewohnte heiße Milch serviert wird, denn jeder weiß, was für einen Aufwand es bedeutet, solche Details zu ermitteln und umzusetzen. In östlichen Ländern, vor allem in Japan, sind die Elemente der **Höflichkeitskultur**, die hier eingesetzt werden können, unendlich vielfältig und auch bei uns in den Grundzügen nachahmenswert. In westlichen Ländern finden sich rudimentäre Reste in den Protokollvorschriften des diplomatischen Dienstes, die uns aus früheren Zeiten noch geblieben sind. Gerade dort dürften sie aber weitgehend nur noch zeremonielle Bedeutung haben, denn inhaltlich wird bei Botschaftsgesprächen nur noch selten Bedeutendes entschieden.

- 452 Die nachfolgenden Einzelthemen, die man bei der Planung von Konferenzen berücksichtigen muss, sollten in der **Reihenfolge** bedacht werden, in der sie hier beschrieben sind. Bevor man sich zum Beispiel über den Ort einer Konferenz Gedanken macht, muss man wissen, über welche Themen man reden will und welche Teilnehmer dazu gebraucht werden, weil sich daraus oft schon von selbst die weiteren Entscheidungen ergeben: Will man beispielsweise über die Weiterführung eines Forschungsprojekts entscheiden, kann es zweckmäßig sein, sich über den jüngsten Stand der Sache in den Labors zu versichern.

### c) Themen

- 453 Zunächst ist **intern** und sodann mit der anderen Seite zu klären, über welche Themen man verhandeln will. Dabei sollte man sich nicht mit allgemeinen Stichworten begnügen wie zum Beispiel „Vertriebsvertrag Consumer-Produkte“, sondern versuchen, das Thema inhaltlich so weit zu füllen, wie es nach dem Stand der Vorbereitung möglich ist. Wenn es schon einen Vertragsentwurf gibt, dann müssen nur noch diejenigen Themen ergänzt werden, die in ihm nicht angesprochen wurden, andernfalls sollte man sich mindestens Gedanken machen, was in einem künftigen Vertrag zu regeln ist.
- 454 Zu jedem einzelnen Thema wird man auch eine **Meinung** haben. Ob diese Meinung – angedeutet oder offen ausgesprochen – schon in die Themenbeschreibung Eingang findet, ist eine taktische Frage, die man nicht allgemein beantworten kann.

### Beispiel:

Wenn man in einem Vertriebsvertrag als Hersteller von Produkten eine bestimmte Mindestabnahme festschreiben will, muss man sich darauf einrichten, dass der Vertriebspartner exklusive Vertriebsrechte anstrebt, um den von ihm verlangten Erfolg sichern zu können. Wenn man solche Exklusivitätsvereinbarungen aus rechtlichen Gründen aber nicht treffen darf (Kartellrecht), sollte man früh genug darauf hinweisen, um sich überflüssige Gespräche zu ersparen. Auch wenn man es sich aus taktischen Gründen erspart, die eigene Ansicht aufzudecken, enthebt einen das nicht der Mühe, sie in jedem Fall so frühzeitig wie möglich intern zu klären. Auch diese Klärung braucht nämlich bei größeren Unternehmen Zeit.

#### d) Tagesordnung

Es empfiehlt sich sehr, die **Tagesordnung** schriftlich **festzulegen** und **455** rechtzeitig vor der Verhandlung mit der Gegenseite **abzustimmen**. Das kann zwar notfalls auch zu Beginn der Verhandlung geschehen (unten Rz. 524 ff.), unterschiedliche Auffassungen wirken sich aber immer auf den Zeitrahmen aus, und zeitliche Umplanung ist einer der unangenehmsten Störfaktoren.

Eine Tagesordnung sollte nicht nur Themen enthalten, sondern wie folgt aufgebaut sein:

- **Thema,**
- **Zeitbedarf,**
- **Verantwortung** für die Darstellung.

Thema und Zeitbedarf werden oft festgelegt, allzu häufig aber wird vergessen, dass es zu jedem Thema auch Personen gibt, die besondere Kenntnisse und/oder Kompetenzen haben. Sind diese vorher bekannt, können sie leichter organisatorisch eingebunden werden. Darüber hinaus kann man **taktische Vorteile** gewinnen, wenn man zwar nicht die Verhandlungsregie gewinnt, aber durch einzelne Statements zu bestimmten Einzelthemen die Gesprächsführung erreichen kann, mit der man eine überstarke Verhandlungsregie des Vertragspartners zurückdrängt.

#### e) Teilnehmer

##### aa) Verhandlungen unter vier Augen

Wenn die Verhandlungen nur von einer einzigen Person auf jeder Seite **456** geführt werden, wie es bei uns oft der Fall ist, erfordert das einen erhöhten Aufwand bei der Sammlung aller erforderlichen Informationen, über die ein einzelner nur selten kompetent verfügen kann. Man muss in diesem Fall nicht nur die **Kompetenzlücken**, sondern meist auch **Informationslücken** überbrücken und kann sich das in Einzelfällen dadurch erleichtern, dass bestimmte Ansprechpartner wenigstens telefonisch für Rückfragen zur Verfügung stehen. Alleinverhandlungen „unter vier Augen“ haben immer den Vorteil der Vertraulichkeit, der gegen die oben erwähnten Nachteile abgewogen werden muss. Darüber hinaus hat ein einzelner, an dessen Ort verhandelt wird, gegenüber dem anderen erhebliche organisatorische Vorteile, da er sich Fachwissen und Information viel unmittelbarer zuziehen kann. Dem steht der Nachteil gegenüber, dass er außer seinem Gesprächspartner niemand anderen kennen lernt, während dieser sich durch Bitten um Erweiterung der Verhandlungsgruppen, Führungen und Einzelvorstellungen vor Ort einen persönlichen Eindruck von anderen Managern verschaffen kann.

Für Verhandlungen mit asiatischen Geschäftspartnern sollte man wissen, dass dort die Zahl der Teilnehmer ein Zeichen für die Bedeutung der Verhandlung ist: Man betrachtet es daher als unhöflich, wenn auf der an-

deren Seite deutlich weniger Personen auftreten, als die eigene Delegation umfasst.

## bb) Verhandlungsteams

### – Gruppendynamik und Kanalkapazität

- 456a Bei größeren Projekten kann es leicht vorkommen, dass nicht zwei Verhandlungspartner aufeinandertreffen, sondern auf einmal eine ganze Handvoll Leute der unterschiedlichsten Beteiligten in Besprechungszimmer, Videokonferenzen oder in den E-Mail Verteilern, aufeinandertreffen. Daraus entstehen fast unverzüglich Führungsprobleme interner wie externer Art und die Kontroversen häufen sich ebenso wie die Missverständnisse.

Das hat psychologische Gründe.

Der erste beruht auf unserer begrenzten „Kanalkapazität“: Wenn wir mehr als sieben gleichzeitige Informationen erhalten, oder über entsprechend viele Alternativen entscheiden sollen, neigen wir dazu, gar keine Entscheidung zu treffen. (*Malcolm Gladwell*, Tipping Point, Goldmann 2002 S. 197 ff. unter Verweis auf Forschungen von *Georg A. Miller/S.L. Washburn/R. Dunbar u.a.*). Den Test dazu kann jeder im Supermarkt machen, wenn mehr als sieben Sorten Joghurt vor ihm stehen (noch schlimmer, wenn es zwei unterschiedliche Sorten griechischen Joghurt gibt, die sich durch nichts voneinander unterscheiden). Also muss man die Zahl der Personen, die mitreden und der Alternativen, über die man spricht deutlich unter sieben halten, am besten kommt man bei nur zwei Wahlmöglichkeiten an.

- 456b Reden mehr als zwölf Personen über ein bestimmtes Thema mehr oder weniger gleichzeitig, schaltet sich das Hirn ebenfalls ab (wir beobachten es in der Politik). Eine gruppendynamische Regel zeigt uns, dass die Dissonanzen in größeren Gruppen überproportional zunehmen, weil die aktuellen Aufgaben, sich miteinander zu koordinieren zwischen mehr als elf Personen nicht mehr geleistet werden können. Vielleicht ist das der Grund dafür, dass Sportmannschaften (außer beim Rugby und American Football, wo es vor allem um's Anrempeln geht) nicht größer sind und Juddas, der zwölfte Jünger, ein Verräter war.

In solchen Situationen machen wir die Erfahrung, dass keine vernünftigen Ergebnisse zu erreichen sind, wenn es nicht gelingt, die Zahl der Teilnehmer radikal zu verkleinern.

### – Interne Vorbereitung

- 457 Wenn Verhandlungsteams auftreten, sind eine Reihe weiterer Gesichtspunkte zu beachten. Zunächst muss man mehr Zeitaufwand in die **interne Vorbereitung** stecken: Da wir meist nicht genügend Übung darin haben, in Teams zu verhandeln, bedeutet allein die Mehrzahl der Ver-

handlungsteilnehmer einen erheblichen Unsicherheitsfaktor, der auch die strategische Linie durcheinander bringen kann.

### – Rollenverteilung

Deshalb sind zunächst die Rollen festzulegen, die in der Verhandlung eingenommen werden sollen. 458

Folgende Rollen stehen typischerweise zur Verfügung:

- Der **Sprecher**: Er sollte nicht der Ranghöchste sein, um den Vorteil einer **Trennung** von **Verhandlung** und **Entscheidung** zu wahren, er sollte aber möglichst über die höchste Fachkompetenz und umfassende Information verfügen;
- der **Organisator**: Er ist für die Organisation der internen Abstimmung und alle Fragen zuständig, die mit der Gegenseite im organisatorischen Bereich zu klären sind; er ist auch für die **interne Protokollführung** verantwortlich;
- der **Ranghöchste**: Sein Beitrag besteht darin, die **strategische Linie** intern festzulegen, dafür zu sorgen, dass sie eingehalten wird, den Verhandlungsverlauf zu beobachten, Kontakte zu seinem Gegenüber auf der anderen Verhandlungsseite zu suchen und für parallele „Vier-Augen-Gespräche“ zu nutzen etc.

Bei einem **Zweierteam** nimmt der Sprecher auch die Aufgaben des Organisators wahr, sind die Teams größer, können weitere Unterteilungen gebildet werden etc. 459

Die Rollenverteilung kann natürlich auch **inhaltlich** genutzt werden, so dass etwa der Sprecher die Funktion übernimmt, **Fragen zu stellen**, der Organisator offenen Fragen, die die Gegenseite stellt, durch Einholung von **Informationen** nachgeht und der Ranghöchste sich um **kreative Lösungen** bemüht (deren Verhandlung en detail er dann wieder dem Sprecher überlassen sollte).

### – Interne Kommunikation

Innerhalb von Teams kommt es erfahrungsgemäß immer wieder zu Missverständnissen und anderen Kommunikationsstörungen. Es ist Aufgabe des jeweiligen Teamleiters, solche Probleme zu beheben. Dies stößt an der Schnittstelle zu den eingeschalteten Beratern jedoch gelegentlich auf massive Schwierigkeiten. Unternehmensberater, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer etc. sind es gewöhnt, selbst zu führen und ertragen Führung durch Dritte schwer: „Das Genie kann nur wachsen in einer Atmosphäre der Freiheit. Personen von Genie sind ex vi termini, individueller als andere Leute, folglich weniger fähig, sich ohne schmerzhaften Zwang in eine der wenig zahlreichen Formen hineinzupassen, die die Gesellschaft bereit hält, um ihren Mitgliedern die Mühe zu ersparen, sich selbst einen Charakter zu formen.“ (*John Stuart Mill*, Über die Freiheit → über Individualität, S. 89). 459a

- Dem Aufsichtsrat kann die Befugnis eingeräumt werden, Satzungsänderungen, die die Fassung der Satzung betreffen, zu beschließen (§ 179 Abs. 1 Satz 2 AktG).

### cc) Formulierungsbeispiel zum Aufsichtsrat

- 533 1. Der Aufsichtsrat besteht aus drei Personen.
2. Soweit die Hauptversammlung nicht bei der Wahl für einzelne oder von ihr zu wählende Aufsichtsratsmitglieder oder für den Gesamtaufichtsrat einen kürzeren Zeitraum beschließen, werden die Aufsichtsratsmitglieder längstens für die Zeit bis zur Beendigung der Hauptversammlung gewählt, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Dabei wird das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, nicht mitgerechnet. Eine Wiederwahl ist möglich. Die Wahl des Nachfolgers eines vor Ablauf seiner Amtszeit ausgeschiedenen Mitglieds erfolgt nur für die Restamtszeit des ausgeschiedenen Mitglieds.
3. Gleichzeitig mit der Wahl der ordentlichen Aufsichtsratsmitglieder können für ein oder mehrere bestimmte Aufsichtsratsmitglieder Ersatzmitglieder gewählt werden. Sie werden nach der bei der Wahl festzulegenden Reihenfolge Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn Aufsichtsratsmitglieder, als deren Ersatzmitglieder sie gewählt wurden, vor Ablauf ihrer Amtszeit aus dem Aufsichtsrat ausscheiden. Sie sind Ersatzmitglieder für die Dauer der restlichen Amtszeit des ausscheidenden ordentlichen Mitglieds an dessen Stelle.
4. Der Aufsichtsrat wählt seiner ersten Sitzung nach seiner Wahl aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und einen Stellvertreter. Die Wahl erfolgt für die Amtszeit des Gewählten.
5. Scheiden der Vorsitzende oder seine Stellvertreter vorzeitig aus dem Amt aus, hat der Aufsichtsrat unverzüglich eine neue Wahl für die restliche Amtszeit des Ausgeschiedenen vorzunehmen.
6. Der Aufsichtsrat muss mindestens 2 Sitzungen im Kalenderhalbjahr abhalten; § 111 Abs. 3 Satz 2 AktG bleibt unberührt. Die Einberufung erfolgt durch den Vorsitzenden, im Fall seiner Verhinderung durch seinen Stellvertreter mündlich, fernmündlich, schriftlich, per Telefax oder telegraphisch oder per E-Mail. Beschlüsse bedürfen der Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats. Außerhalb von Sitzungen sind schriftliche, telegraphische, fernmündliche Beschlussfassungen oder Beschlussfassungen per Telefax oder per E-Mail zulässig, wenn kein Mitglied diesem Verfahren innerhalb einer vom Vorsitzenden zum bestimmenden angemessenen Frist widerspricht. Über die Sitzungen des Aufsichtsrats ist eine Niederschrift anzufertigen, die von dem Vorsitzenden der Sitzung zu unterzeichnen ist. Bei Beschlussfassungen außerhalb von Sitzungen ist die Niederschrift vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnen und unverzüglich allen Mitgliedern zuzuleiten.
7. Jedes Mitglied des Aufsichtsrats erhält nach Abschluss eines Geschäftsjahres eine angemessene Vergütung, die durch Beschluss der Hauptversamm-

lung festgelegt wird. Die Gesellschaft erstattet den Aufsichtsratsmitgliedern ihre Auslagen. Die Umsatzsteuer wird von der Gesellschaft erstattet, soweit die Mitglieder des Aufsichtsrats berechtigt sind, die Umsatzsteuer der Gesellschaft gesondert in Rechnung zu stellen und dieses Recht ausüben.

8. Der Aufsichtsrat kann sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Bestimmungen dieser Satzung eine Geschäftsordnung geben.

9. Der Aufsichtsrat ist befugt, Änderungen der Satzung, die nur deren Fassung betreffen, zu beschließen.

#### **dd) Kontrolle durch die Gesellschafter**

Siehe unten bei der Hauptversammlung Rz. 535 f.

534

### **d) Hauptversammlung, Stimmrechte, Einwendungsrechte**

#### **aa) Grundlagen, Verweisung**

(1) Das Aktienrecht enthält die Bestimmungen über die Hauptversammlung in den §§ 118 ff. AktG. Dabei ist zu berücksichtigen: 535

(2) Auch bei einer so genannten „kleinen AG“ können wirksame Beschlüsse nur in einer Versammlung und nicht auf sonstige Weise, d.h. z.B. auch nicht im Umlaufverfahren, gefasst werden.

(3) Die Satzung kann gesetzliche Bestimmungen insoweit abändern bzw. ergänzen, als

- festgelegt werden kann, dass die Hauptversammlung an einem anderen Ort als dem Sitz der Gesellschaft stattfindet oder zumindest stattfinden kann (siehe dazu § 121 Abs. 5 Satz 1 AktG), und
- die Satzung die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts von der vorherigen Anmeldung zur Hauptversammlung abhängig machen kann (siehe dazu § 123 Abs. 2 AktG). Dies hat nach § 123 Abs. 2 AktG Auswirkungen auf die Berechnung der Einberufungsfristen.

(4) Bei Inhaberaktien kann die Satzung bestimmen, wie die Berechtigung zur Teilnahme nachzuweisen ist (§ 123 Abs. 3 AktG).

(5) Die Satzung kann vorsehen oder den Vorstand ermächtigen, vorzusehen, dass Aktionäre online an der HV teilnehmen und ihr Stimmrecht schriftlich oder elektronisch ausüben (§ 118 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG).

(6) Die Kontrollrechte der Gesellschafter werden in der Hauptversammlung durch die Auskunftsansprüche nach § 131 AktG realisiert; ein Recht, die Einberufung einer Hauptversammlung zu verlangen, setzt grundsätzlich eine Beteiligung von mindestens 5 % des Grundkapitals voraus. Durch die Satzung kann das Recht, die Einberufung einer Hauptversammlung zu verlangen, an einen geringeren Anteil am Grundkapital geknüpft werden (siehe dazu § 122 Abs. 1 Satz 2 AktG).

**bb) Formulierungsbeispiel (nicht börsennotierte Gesellschaft)**

- 536 1. Die ordentliche Hauptversammlung findet innerhalb der ersten acht Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres statt. Hauptversammlungen finden am Sitz der Gesellschaft oder in ... (Ort der Hauptversammlung) statt.
2. Die Hauptversammlung wird durch den Vorstand oder in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen durch den Aufsichtsrat einberufen.
3. Ohne Wahrung der gesetzlichen und satzungsmäßigen Einberufungsvorschriften kann eine Hauptversammlung abgehalten werden, wenn alle Aktionäre erschienen oder vertreten sind und kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht.
4. Jeder Aktie mit einem Nennwert von 1 Euro gewährt eine Stimme.
5. Den Vorsitz der Hauptversammlung führt der Vorsitzende des Aufsichtsrats, im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter oder ein anderes durch den Aufsichtsrat zu bestimmendes Aufsichtsratsmitglied. Ist keiner von diesen erschienen oder zur Leitung der Versammlung bereit, eröffnet der an Lebensjahren älteste Aktionär die Versammlung und lässt von ihr einen Vorsitzenden wählen. Der Vorsitzende leitet die Verhandlungen, bestimmt die Reihenfolge, in der die Gegenstände der Tagesordnung behandelt werden und entscheidet über die Form der Abstimmung.
6. Die Hauptversammlung ist beschlussfähig, wenn mehr als 75 % des gesamten stimmberechtigten Grundkapitals vertreten sind. Erweist sich eine Hauptversammlung als nicht beschlussfähig, so ist eine neu einberufene Hauptversammlung, die innerhalb der nächsten sechs Wochen stattfindet, hinsichtlich der Gegenstände, die auf der Tagesordnung der beschlussunfähigen Hauptversammlung standen, ohne Rücksicht auf die Höhe des dann vertretenen Grundkapitals beschlussfähig, wenn in der Einberufung hierauf hingewiesen wurde.
7. Beschlüsse der Hauptversammlung werden, soweit diese Satzung oder das Gesetz nicht höhere Mehrheiten vorschreiben, mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst.
8. Über die Verhandlung ist eine Niederschrift zu fertigen, die vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnen ist. Werden Beschlüsse gefasst, für die das Gesetz eine Mehrheit von mindestens 75 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals vorschreibt, so ist über die Verhandlung ein notarielles Protokoll aufzunehmen.

**e) Ergebnisverwendung****aa) Verweisung**

- 537 Siehe zunächst Rz. 430 ff. bei der GmbH.

Nach dem Recht der AG haben Vorstand und Aufsichtsrat grundsätzlich die Möglichkeit, max. die Hälfte des Jahresüberschusses in andere Gewinnrücklagen einzustellen. Dies bedeutet, dass, wenn die Verwaltung

von dieser Befugnis Gebrauch macht, der entsprechende Anteil des Jahresüberschusses der Disposition durch die Hauptversammlung entzogen ist.

Bei einer „kleinen AG“ soll der Verwaltung häufig eine so starke Befugnis nicht eingeräumt werden, sondern insoweit die Kompetenz der Hauptversammlung stärker sein. Die Beschneidung der Befugnisse der Verwaltung ist nach § 58 Abs. 2 AktG zulässig, setzt aber eine satzungsmäßige Grundlage voraus.

### bb) Formulierungsbeispiel

1. Stellen Vorstand und Aufsichtsrat den Jahresabschluss fest, sind sie nicht dazu ermächtigt, einen Teil des Jahresabschlusses in andere Gewinnrücklagen einzustellen. Die Entscheidung über die Bildung anderer Gewinnrücklagen bleibt allein der Hauptversammlung vorbehalten. 538
2. Stellt die Hauptversammlung den Jahresabschluss fest, so ist  $\frac{1}{5}$  des Jahresüberschusses solange in andere Gewinnrücklagen einzustellen, wie die anderen Gewinnrücklagen die Hälfte des Grundkapitals nicht übersteigen oder soweit sie nach der Einstellung die Hälfte des Grundkapitals nicht übersteigen würden. Dabei sind Beträge, die in die gesetzliche Rücklage einzustellen sind oder ein Verlustvortrag vorab vom Jahresüberschuss abzuziehen.
3. Die Hauptversammlung beschließt über die Verwendung des Bilanzgewinns. Sie ist hierbei an den festgestellten Jahres-Abschluss gebunden.

## 4. Strukturänderungen der Gesellschaft

### a) Verfügungen über Aktien

Grundsätzlich kann über Aktien frei verfügt werden; dies gilt insbesondere für alle Arten von Inhaberaktien und für nicht vinkulierte Namensaktien. Eine Einschränkung gilt nur bei vinkulierten Namensaktien, siehe dazu oben bei Rz. 509. 539

Unabhängig von der Möglichkeit zur Vinkulierung von Namensaktien ist es möglich, außerhalb der Satzung Ankaufs- oder Vorkaufsrechte zu vereinbaren. Solche Ankaufs- oder Vorkaufsrechte können aber nicht auf satzungsmäßiger Grundlage vereinbart werden, sondern lediglich auf schuldrechtlicher Basis, z.B. in der Gründungsurkunde oder in Pool-Abreden außerhalb des Gesellschaftsvertrags.

### b) Ausschließung von Gesellschaftern

Siehe dazu vorab Rz. 441 ff. bei der GmbH. 540

Ein Ausschließung von Gesellschaftern ist auf satzungsmäßiger Ebene bei der AG nur durch die zwangsweise Einziehung von Aktien nach §§ 237 ff. AktG zulässig. Die Einziehung der Aktien bedarf der satzungsmäßigen Grundlage (siehe dazu § 237 Abs. 1 Satz 2 AktG). Bei der klei-

nen AG bieten sich ebenso wie bei der AG als Voraustatbestände, bei denen über eine Zwangsentziehung entschieden werden kann, an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Aktionärs – bzw. die Ablehnung der Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse und die Abgabe eines Vermögensverzeichnisses mit Versicherung an Eides Statt bezüglich der Richtigkeit –, sowie die Vollstreckung in die Aktien.

Besonderer Überlegung bedarf, ob auch der Tod eines Aktionärs bei der betreffenden kleinen AG Voraustatbestand für eine zugelassenen zwangsweise Einziehung sein soll.

Klärungsbedürftig ist für den Fall der Einziehung das Einziehungsentgelt (siehe dazu noch unten bei [Rz. 542](#) und [202](#)).

### c) Tod eines Gesellschafters

- 541 Beim Tod eines Aktionärs wird dessen Aktie grundsätzlich vererbt. Die Vererbung kann satzungsmäßig nicht ausgeschlossen werden. Der Tod eines Aktionärs kann nur Voraustatbestand für eine Einziehung einer Aktie sein (siehe dazu oben [Rz. 197](#)).

### d) Abfindung

- 542 Bei jeder Zwangseinziehung stellt sich die Frage der Abfindung des Aktionärs (siehe dazu [Rz. 202](#)).

#### Formulierungsbeispiel:

1. Die Einziehung von Aktien durch die Gesellschaft ist nach Maßgabe von § 237 AktG zulässig.
2. Eine Zwangseinziehung von Aktien ist der Gesellschaft gestattet, wenn
  - über das Vermögen des betroffenen Aktionärs ein Insolvenzverfahren rechtskräftig eröffnet oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens rechtskräftig mangels Masse abgelehnt wird oder der Aktionär nach § 807 ZPO ein Vermögensverzeichnis abzugeben und die Richtigkeit an Eides statt zu versichern hat;
  - die Aktien ganz oder teilweise von einem Gläubiger des betroffenen Aktionärs gepfändet werden oder in sonstiger Weise in diese vollstreckt wird und die Vollstreckungsmaßnahme nicht innerhalb von drei Monaten, spätestens jedoch bis zur Verwertung der Aktien, aufgehoben wird;
  - die Aktien von Todes wegen auf eine oder mehrere Personen übergehen, bei denen es sich nicht um einen anderen Aktionär oder den Ehegatten oder einen Abkömmling des verstorbenen Aktionärs handelt und die Aktien nicht innerhalb von 6 Monaten nach dem Tod des Aktionärs auf eine oder mehrere dieser Personen übertragen werden.
3. Bei Zwangseinziehung ist an den betroffenen Aktionär bzw. seinen Rechtsnachfolger als Einziehungsentgelt ein Betrag zu zahlen, der dem Bilanzwert

(eingezahlte Einlagen zuzüglich offene Rücklagen zuzüglich Jahresüberschuss und Gewinnvortrag und abzüglich Jahresfehlbetrag und Verlustvortrag) der eingezogenen Aktien entspricht. Maßgebend für die Berechnung des Bilanzwerts der eingezogenen Aktien ist die Handelsbilanz des am Tag der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung vorangehenden Geschäftsjahres. Stille Reserven jeglicher Art und ein Firmenwert werden nicht berücksichtigt. Die Festsetzung der weiteren Bedingungen der Zwangseinziehung bleibt der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung überlassen.

#### e) Sonstige Bestimmungen

Siehe dazu bei der GmbH Rz. 447.

543

#### Formulierungsbeispiel:

Die Gesellschaft trägt die mit ihrer Gründung verbundenen Gerichts- und Notarkosten sowie die Kosten der Veröffentlichung bis zu einem Höchstbetrag von 3500 Euro zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer.

## X. Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europea – SE)

### 1. Rechtliche Grundlagen

Die Europäische Aktiengesellschaft (kurz „SE“) ist das jüngste Element der zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen. Rechtliche Grundlage der SE bildet die europäische Verordnung (EG) 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) und das deutsche Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004. Weiter spielt noch die Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-RL) eine wichtige Rolle, welche in Deutschland durch das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft umgesetzt wurde (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG). Die SE bietet Unternehmen, welche in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR, Island, Liechtenstein, und Norwegen) ansässig sind, die Möglichkeit, tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten zu überwinden, die sich aus der grenzüberschreitenden Tätigkeit bzw. dem Tätigwerden über Tochtergesellschaften in verschiedenen Staaten ergeben. Allerdings existiert aufgrund der Umsetzungsspielräume für nationale Gesetzgeber nicht „die“ eine SE, sondern es sind immer auch die Anknüpfungspunkte in das jeweilige nationale (Aktien-)Recht zu beachten.

544

In Deutschland wurde die SE gut angenommen, es existieren Mitte des Jahres 2013 etwa 250 SE verschiedenster Größe, sowohl mit einem monistischen als auch mit einem dualistischen System.

## 2. Gründe für eine SE

545 Die Gründe für die Nutzung einer SE sind vielfältig. Hervorzuheben sind folgende Vorteile:

### a) Schaffung einer einheitlichen Konzernstruktur

546 Eine SE kann sich in Deutschland beispielsweise ein monistisches System geben. Die SE hat dann statt Aufsichtsrat und Vorstand nur noch einen **Verwaltungsrat**, was konzernweit in ganz Europa genutzt werden kann.

### b) Vereinfache Sitzverlegung

547 Eine SE kann ihren Sitz **ohne Auflösung** oder **Neugründung** problemlos in einen anderen Mitgliedstaat verlegen.

### c) Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung

548 Um eine SE zu gründen, ist es möglich, **grenzüberschreitend** Aktiengesellschaften aus verschiedenen EU-Staaten zu **verschmelzen**.

### d) Europa-AG als europäische Marke

549 Die Fortführung der Geschäfte in Form einer SE bedeutet im Geschäftsverkehr Internationalität, bringt ein gewisses Prestige mit sich und zeigt Größe und Seriosität.

Die Allianz-SE hat die Umwandlung in die SE beispielsweise damit begründet (siehe hierzu die Begründung der Allianz auf deren website [www.allianz.com](http://www.allianz.com) unter Investor Relations, Häufig gestellte Fragen zur Europäischen Aktiengesellschaft), dass eine vollständige Integration der Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. (RAS) in die Allianz AG rechtlich nur durch die gleichzeitige Umwandlung der Allianz AG in eine SE möglich war. Zudem ist die Allianz der Auffassung, dass die Rechtsform einer SE europaweit zu einem einheitlichen Erscheinungsbild der Allianz beiträgt. Schließlich hebt die Allianz hervor, dass der Aufsichtsrat abweichend von den starren Vorgaben des deutschen Mitbestimmungsgesetzes verkleinert werden kann, was die Effizienz der Aufsichtsratsarbeit nach Auffassung der Allianz steigert. Zudem ist der Aufsichtsrat nach Darstellung der Allianz internationaler besetzt, da auch auf Arbeitnehmerseite Vertreter aus anderen europäischen Ländern im Aufsichtsrat vertreten sind.

## 3. Gründungsformen

550 Die Gründungsmöglichkeiten für eine SE sind in der SE-VO abschließend beschrieben und beschränkt die Möglichkeit zur Gründung einer

SE auf die nachfolgenden vier Gründungsformen: Errichtung durch **Verschmelzung**, Gründung einer  **Holding-SE**, Gründung einer **Tochter-SE** oder der **Rechtsformwechsel** einer bestehenden Aktiengesellschaft. Gemein ist allen Gründungsformen, dass sie ein grenzüberschreitendes Element voraussetzen: Es müssen Gesellschaften aus mindestens zwei EU- bzw. EWR-Mitgliedstaaten beteiligt sein. Das Grundkapital muss mindestens 120 000 EuroR betragen. In Artikel 10 SE-VO ist bestimmt, dass die SE in jedem Mitgliedsstaat wie eine Aktiengesellschaft behandelt wird (auf die obigen Ausführungen zur AG wird verwiesen). Als erforderlicher Rechtsformzusatz ist vorgesehen „SE“.

#### a) Verschmelzung

Bei der Gründung im Rahmen einer Verschmelzung durch Aufnahme oder zur Neugründung müssen Aktiengesellschaften aus **zwei verschiedenen EU-Mitgliedstaaten** bzw. EWR-Staaten beteiligt sein, unabhängig davon, wie lange die jeweilige Aktiengesellschaft (AG) schon existiert, Art. 2 Abs. 1 SE-VO. 551

#### b) Holding SE

Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung können gemäß Art. 2 Abs. 2 SE-VO eine Holding-SE gründen. Voraussetzung ist, dass von den beteiligten Gründungsgesellschaften mindestens **zwei** Gesellschaften dem Recht **unterschiedlicher EU-Mitgliedstaaten** bzw. EWR-Staaten unterliegen, oder seit mindestens zwei Jahren eine **Tochtergesellschaft** oder eine **Zweigniederlassung** haben, die dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaat bzw. EWR-Staates unterliegt. 552

#### c) Tochter-SE

Zwei oder mehr Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung können gemäß Art. 2 Abs. 3 SE-VO eine Tochter-SE gründen, sofern sie dem Recht unterschiedlicher EU-Mitgliedstaaten oder EWR-Staaten unterliegen, oder sie, sofern sie dem Recht desselben EU-Mitgliedstaates oder EWR-Staates unterliegen, seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat haben. Der Sitz der Tochter-SE muss nicht in dem Land liegen, in dem die Gründer ansässig sind. 553

#### d) Umwandlung

Eine AG, deren Verwaltung und satzungsmäßiger Sitz im Anwendungsgebiet der SE-VO liegt, kann in eine SE umgewandelt werden, sofern die Gesellschaft seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft hat, welche dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates oder EWR-Staates unterliegt, Art. 2 Abs. 4 SE-VO. 554

#### 4. Organisationsformen

- 555 Die SE verfügt, wie die AG auch, über eine Hauptversammlung der Aktionäre. Daneben erfolgt die Leitung der SE entweder über ein Verwaltungsorgan (monistisches System) oder über ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan (dualistisches System).

##### a) Monistische Struktur

- 556 Das monistische System, welches an das angelsächsische Board-System angelehnt ist, ist dem deutschen Gesellschaftsrecht bislang fremd. Die Verantwortung für die SE liegt hier bei einem Verwaltungsorgan, welcher sich zur Umsetzung seiner unternehmerischen Leitlinien geschäftsführender Direktoren bedient. Der **Verwaltungsrat** einer monistisch strukturierten SE leitet die Gesellschaft und bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit. Zugleich aber überwacht er deren Umsetzung. Er ernennt somit auf unbestimmte Zeit **geschäftsführende Direktoren**, welche er auch jederzeit abberufen kann. Ein Mitglied des Verwaltungsrates kann auch zu einem geschäftsführenden Direktor bestellt werden, solange der Verwaltungsrat mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die nicht zugleich zu Direktoren bestellt sind. Sofern das Grundkapital weniger als 3 Mio. Euro beträgt, reicht es aus, wenn der Verwaltungsrat aus einem Mitglied besteht, welches allerdings nicht gleichzeitig geschäftsführender Direktor sein kann. Die Bestimmung einer abweichenden Anzahl ist per Satzung möglich, bei einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. Euro sind mindestens drei Personen im Verwaltungsrat notwendig.

Die **Geschäftsführung** der SE obliegt den geschäftsführenden Direktoren. Diese vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

##### b) Dualistische Struktur

- 557 Bezüglich der Leitung einer dualistisch geprägten SE mit **Aufsichtsorgan** und **Leitungsorgan** bestehen keine Unterschiede zur deutschen AG, daher kann auf die dort getätigten Ausführungen verwiesen werden (siehe oben [Rz. 525 ff.](#)).

#### 5. Arbeitnehmerbeteiligung

- 558 Da eine SE nicht wirksam gegründet werden kann, ohne dass es eine Regelung zur Arbeitnehmerbeteiligung gibt, kommt diesem Thema naturgemäß eine herausragende Bedeutung zu. Arbeitnehmervertreter sehen die Umwandlung in eine SE dabei bisweilen durchaus kritisch. Die aktuellen Gesetze zur SE erhalten zwar den in der Gesellschaft **bereits vorhandenen Stand** bei der **Mitbestimmung**. Dieser Stand wird aber gleichzeitig **fixiert**. Ein Unternehmen mit etwas weniger als 2000 Beschäftigten in Deutschland kann mit der Umwandlung sicherstellen, dass es in Zukunft nicht mehr in die paritätische Mitbestimmung hi-

neinwächst. Große Aktiengesellschaften haben zudem die Möglichkeit, ihren Aufsichtsrat von zwanzig auf zwölf Mitglieder zu verkleinern.

Nach der Entscheidung des Arbeitgebers, die Rechtsform der SE zu wählen, ist ein so genanntes **besonderes Verhandlungsgremium** (BVG) zu bilden. Dieses setzt sich aus Arbeitnehmervertretern aller EU-Länder zusammen, in denen das Unternehmen Betriebe oder Niederlassungen unterhält. Die Wahlverfahren sind in jedem Land anders geregelt und orientieren sich an den Regeln für die Europäischen Betriebsräte.

Zunächst laufen sechsmonatige Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und dem BVG mit dem Ziel, die Folgen der Rechtsformänderung inklusive der Mitbestimmung für die betroffenen Arbeitnehmer in einer **Beteiligungvereinbarung** (§ 21 SEBG, Art. 4 Richtlinie 2001/86/EG) umfassend zu regeln. Denn nationales Mitbestimmungsrecht (z.B. MitbestG, DrittelbG) kommt gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG, Art. 13 Abs. 3 lit. a) Richtlinie 2001/86/EG bei der SE nicht zur Anwendung. Die Verhandlungen können auf ein Jahr ausgedehnt werden. Sollte eine Einigung dann immer noch ausstehen, sehen die Gesetze eine so genannte **Auffanglösung** vor (§§ 22 ff., 34 ff. SEBG, Art. 7 Richtlinie 2001/86/EG i.V.m. den Anhängen). Im Kern sieht die Auffanglösung vor, dass die SE dem bisherigen höchsten Mitbestimmungsgrad aller beteiligten Gesellschaften unterfällt, aus welchen die SE entstanden ist.

## 6. Buchführung, Bilanzierung, Steuern, Insolvenz

Gem. Art. 61 SE-VO unterliegt die SE bzgl. des Jahresabschlusses, des konsolidierten Jahresabschlusses sowie des dazugehörigen Lageberichts bzw. dessen Prüfung und Offenlegung den **nationalen Vorschriften**, siehe dazu folglich die Ausführungen bei der AG, Rz. 530 ff. Gem. Art. 10 SE-VO entspricht die steuerliche Behandlung der SE der nationalen Aktiengesellschaft des jeweiligen Sitzstaates. Auf eine SE mit Sitz in Deutschland sind folglich die deutschen Steuergesetze anwendbar. Auch die Insolvenz einer SE unterfällt dem Recht des Sitzstaates. 559

## XI. Betriebsaufspaltung

### 1. Vorbemerkung und Erscheinungsformen

#### a) Vorbemerkung

Bei der Allgemeinen Checkliste Rz. 117 ff. u. 121 ff. wurde dargestellt, dass die Gesellschafter einer Gesellschaft die für deren Geschäftsbetrieb erforderlichen Betriebsgrundlagen auf verschiedene Weise zur Verfügung stellen können: dadurch, dass sie dieses Vermögen der Gesellschaft übereignen oder der Gesellschaft die finanziellen Mittel zur Verfügung stellen, dass sie diese Gegenstände zum Eigentum erwerben kann (bei Kapitalgesellschaften zum Eigentum der juristischen Person, bei Personengesellschaften zum Gesamthandseigentum). Die Gesellschafter kön- 560

nen der Gesellschaft Betriebsgrundlagen aber auch zur Nutzung überlassen – auch entgeltlich.

Die letzte Gestaltung kennzeichnet die Betriebsaufspaltung: Von Gesellschaftern einer Gesellschaft werden dieser wesentliche Betriebsgrundlagen – zumindest eine – entgeltlich zur Nutzung zur Verfügung gestellt. Die **Nutzungsüberlassung** erfolgt durch alle Gesellschafter, durch mehrere Gesellschafter oder durch einen Gesellschafter. Voraussetzung für die Annahme einer Betriebsaufspaltung ist, dass die nutzungsüberlassenden Gesellschafter über einen „einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen“ die Geschicke des Betriebs- und des Besitzunternehmens leiten können.

Bei den typischen Erscheinungsformen der Betriebsaufspaltung (echte und unechte Betriebsaufspaltung) führt die Qualifikation eines Nutzungsüberlassungsverhältnisses mit den damit verbundenen Gestaltungen dazu, dass das Vermögen des Besitzunternehmens als steuerliches Betriebsvermögen angesehen wird und die Miet- oder Pachtzinsen als gewerbliche Einkünfte der Besitzunternehmer und nicht als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung qualifiziert werden.

- 561 In **steuerlicher** Hinsicht werden im Zusammenhang mit der Betriebsaufspaltung im Wesentlichen zwei Fragen aufgeworfen:
- Wann liegt eine wesentliche Betriebsgrundlage vor, deren Nutzungsüberlassung Voraussetzung für die Annahme einer Betriebsaufspaltung ist?
  - Wann liegt ein einheitlicher geschäftlicher Betätigungswille beim Besitz- und beim Betriebsunternehmen vor?
- 562 In **zivilrechtlicher** Hinsicht wirft die Betriebsaufspaltung ebenfalls im Wesentlichen zwei Fragen auf:
- Unter welchen Voraussetzungen hat der Gesellschafter die Nutzung des vermieteten/verpachteten Gegenstandes durch den Insolvenzverwalter nach §§ 135 Abs. 3, 4 InsO zu dulden?
  - Kann eine Betriebsaufspaltung zur Konzernhaftung führen?

Diese Fragen können hier nicht vertieft werden; stattdessen wird auf das Spezialschrifttum verwiesen, insbesondere wegen der zivilrechtlich aufgeworfenen Fragen auf die Lagerplatz-Entscheidungen des BGH und die GmbH-Konzernentscheidungen des BGH.

## b) Erscheinungsformen

### aa) Echte Betriebsaufspaltung

- 563 Von einer echten Betriebsaufspaltung spricht man, wenn die Inhaber eines bestehenden Geschäftsbetriebs (z.B. Einzelkaufmann oder Gesellschafter einer oHG) ihren Geschäftsbetrieb ganz oder teilweise an eine GmbH verpachten, an der sie herrschend beteiligt sind.

**bb) Unechte Betriebsaufspaltung**

Eine unechte Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn nicht ein gesamter bereits existierender Geschäftsbetrieb an eine GmbH verpachtet wird, bei der die Verpächter als Gesellschafter beteiligt sind und dort ihren Willen durchsetzen können, sondern wenn bei Gründung der GmbH oder zu einem späteren Zeitpunkt einzelne wesentliche Betriebsgrundlagen verpachtet werden, die im Eigentum von Gesellschaftern stehen, die ihren Willen auch in der GmbH durchsetzen können. 564

**cc) Umgekehrte Betriebsaufspaltung**

Bei der umgekehrten Betriebsaufspaltung ist eine Kapitalgesellschaft das Besitzunternehmen, während das Betriebsunternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft betrieben wird. 565

**dd) Kapitalistische Betriebsaufspaltung**

Die kapitalistische Betriebsaufspaltung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Kapitalgesellschaft an eine von ihr mehrheitlich beherrschte andere Kapitalgesellschaft wesentliche Betriebsgrundlagen zur Nutzung überlässt. 566

**ee) Mitunternehmerische Betriebsaufspaltung**

Die mitunternehmerische Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn eine natürliche Person oder Personengemeinschaft, die nicht Gesellschafter einer anderen Personengesellschaft ist, aber trotzdem dort ihren Willen durchsetzen kann, an diese wesentliche Betriebsgrundlagen zur Nutzung überlässt. 567

**2. Gestaltungsgrundsätze****a) Nutzungsüberlassungsvertrag**

Rechtsbeziehungen zwischen dem Besitz- und Betriebsunternehmen werden durch den Vertrag hergestellt, durch den die wesentlichen Betriebsgrundlagen vom Besitzunternehmen dem Betriebsunternehmen entgeltlich zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden. 568

**aa) Höhe des Nutzungsentgelts**

Dabei ist insbesondere bei der Höhe des Entgelts für die Nutzungsüberlassung zu berücksichtigen, dass ein **überhöhtes Entgelt** beim Betriebsunternehmen eine Unternehmenskrise auslösen oder diese verschärfen kann. Deshalb ist der Rechtsberater bei der Konzeption des Nutzungsüberlassungsvertrags auf betriebswirtschaftlichen Sachverstand angewie- 569

sen, der ihm die Vorgaben für die adäquate Höhe des Nutzungsüberlassungsentgelts zur Verfügung stellt.

#### bb) Vertragsdauer

- 570 Aufgrund § 135 Abs. 3, 4 InsO kann durch die Vertragsdauer das mögliche Zugriffsrecht des Insolvenzverwalters nicht aktiv gestaltet werden. Siehe hierzu näher bei der Literatur zur Betriebsaufspaltung.

#### b) Verzahnung der Gesellschaftsverträge

- 571 Wenn beim Besitzunternehmen und beim Betriebsunternehmen kein einheitlicher geschäftlicher Betätigungswille mehr besteht, wird das bisher steuerlich als Betriebsvermögen qualifizierte Vermögen des Besitzunternehmens zum steuerlichen Privatvermögen mit dem Risiko der **steuerlichen Realisierung von stillen Reserven**. Da eine solche Realisierung in der Regel nicht gewünscht ist, ist darauf zu achten, dass der einheitliche geschäftliche Betätigungswille nicht nur bei Begründung des Besitz- und des Betriebsunternehmens besteht, sondern auch nach Unternehmensgründung nicht durch spätere Umstände entfällt. Deshalb sind die Beteiligungsverhältnisse beim Besitz- und beim Betriebsunternehmen zu verzahnen.

Auf die oben bei der GmbH & Co. KG hierzu herausgearbeiteten Grundsätze kann deshalb verwiesen werden.

## 4 Vertragsabschluss

|                                |     |                        |     |
|--------------------------------|-----|------------------------|-----|
|                                | Rz. | Rz.                    |     |
| I. Formfragen, Vertretung..... | 572 | II. Registrierung..... | 573 |

### I. Formfragen, Vertretung

Für die Formfragen und die Vertretungsfragen beim Abschluss von gesellschaftsrechtlichen Verträgen gelten die allgemeinen Grundsätze. Soweit Kapitalgesellschaften betroffen sind, bedürfen die Gesellschaftsverträge sowie alle späteren Änderungen und weitere, die Satzung der Gesellschaft betreffende Änderungen regelmäßig der notariellen Beurkundung und der (konstitutiven, d.h. rechtsbegründend wirkenden) Eintragung in das Handelsregister. Soweit eine notarielle Beurkundung nicht zwingend erforderlich ist, genügen grundsätzlich auch formfrei, z.B. mündlich geschlossene Verträge. Selbstverständlich sollte jedoch in jedem Fall zumindest eine schriftliche Fixierung des Vertrages erfolgen. Auch grundsätzlich formfrei mögliche Verträge sind u.U. aus anderen Gründen beurkundungspflichtig, insbesondere etwa bei der Verpflichtung zur Einbringung von Grundstücken oder GmbH-Anteilen in die Gesellschaft oder bei Eintritt in eine Erwerbs- bzw. Veräußerungsverpflichtung ggf. wegen des Geschäftszusammenhangs auch der Nutzungsüberlassungsvertrag. Die hierbei auftretenden Fragen (insbesondere im Zusammenhang mit Immobilienfonds) sind jedoch noch nicht abschließend geklärt. 572

### II. Registrierung

In zahlreichen Fällen sieht das Gesetz eine obligatorische bzw. fakultative Eintragung in Register vor. Der Rechtswirkung nach sind **konstitutive**, d.h. rechtsbegründend wirkende und **deklaratorische**, d.h. rechtsbezeugend wirkende **Eintragungen** zu unterscheiden. Ihrem Ziel nach bezwecken die Eintragungen zum einen den Schutz und die Information des Geschäftsverkehrs, zum anderen den Schutz des Kaufmanns bzw. der Gesellschaft, die auf diesem Wege auch gegenüber Dritten rechtserhebliche Tatsachen publik machen kann und dieses sodann Dritten entgegenhalten kann. Mit der durch das Gericht erfolgenden Überprüfung wird eine präventive Kontrolle im Interesse des Rechtsverkehrs bezweckt. 573

Die Frage der **Eintragungspflicht** bzw. **Eintragungsfähigkeit** kann nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden. Für den Betrieb der Kapitalgesellschaften bedürfen sowohl die Gründung als auch spätere rechtserhebliche Tatsachen, insbesondere Änderungen bezüglich der Satzung oder bezüglich der Vertretungsbefugnis der Eintragung in das Handelsregister. Bei Personengesellschaften hängt die Eintragungspflicht bzw. Eintragungsfähigkeit vom konkreten Einzelfall ab. GbR sind nicht eintragungsfähig.

fähig. Eintragungen in öffentliche Register erfolgen grundsätzlich nur auf Anmeldungen und nur in Ausnahmefällen von Amts wegen. Die Anmeldungen müssen in öffentlich beglaubigter Form erfolgen, d.h. die Anmeldungen müssen notariell beglaubigt werden (vgl. etwa § 12 HGB).

#### 4. Optimismus

- 30 „Deus é brasileiro“ – „Gott ist Brasilianer“: diese Redewendung ist jedem Brasilianer geläufig. So kommentierte die brasilianische Präsidentin *Dilma Rousseff* im März 2013 die Wahl des aus Argentinien stammenden Kardinals *Jorge Bergoglio* zum Papst *Franziskus I* mit den Worten: „O papa é argentino, mas deus é brasileiro!“ – „Der Papst ist Argentinier, aber Gott ist Brasilianer!“

Die Bedeutung ist ambivalent. Einerseits sind Brasilianer voll **nationalen Stolzes** überzeugt, in einem von Gott mit allen Schätzen der Natur reich gesegneten Land zu leben, das alle Voraussetzungen dafür mitbringt, eine wichtige Rolle im globalen Kontext zu spielen. Andererseits kennzeichnet diese Redewendung eine gute Portion **Selbstironie**, mit der Brasilianer sich gerne über das eigene Schicksal und dasjenige ihres Landes lustig machen. Denn angesichts seines großen Reichtums an natürlichen Ressourcen, seiner kulturellen Vielfalt und seines jedenfalls im Süden und Südosten des Landes hohen Industrialisierungsgrades ist eigentlich verwunderlich, dass dieses „Land der Zukunft“ (*Stefan Zweig*) den sich derzeit vollziehenden Aufstieg zu einem wirtschaftlichen und politischen Schwergewicht nicht schon viel früher geschafft hat. Von kritischen Beobachtern ist deshalb mitunter auch heute noch zu hören, dass die weiterhin bestehenden, wenngleich unstrittig im Laufe der letzten Jahre stark verringerten sozialen Missstände, die latente Korruption („Es gibt keine Politik und keine öffentliche Verwaltung ohne Korruption. Öffentliche Macht korrumpiert. Sich Vorteile zu verschaffen ist eine in Brasilien fest verwurzelte kulturelle und ökonomische Handlungsweise.“ – *Folha de São Paulo* vom 21.4.1999, zitiert nach *Wolf Paul*, Einleitung zu „Korruption in Deutschland und Brasilien“, Band 29 der Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung, [www.dbjv.de](http://www.dbjv.de)) und die inhomogenen Rahmenbedingungen in den verschiedenen Regionen dieses riesigen Landes mit seinen kontinentalen Ausmaßen zu Vorsicht statt allzu großer Zuversicht mahnen: „*Brasil é o país do futuro e sempre será*“ – „Brasilien ist das Land der Zukunft und wird es immer bleiben“ ist eine in Brasilien auch heute noch häufig zitierte Redewendung.

Im Grunde ist der Brasilianer aber Optimist. Sein „Glaube an die Zukunft, die Gewissheit, es eines Tages zu schaffen, machen ihn zu einem optimistischen und fröhlichen Menschen“ (*Tauber*). Diese Lebenseinstellung veranlasst ihn, allzu pessimistischen Gesprächspartnern und übervorsichtig geführten, mit penibler Tagesordnung vorbereiteten Verhandlungen mit Unverständnis und Ablehnung zu begegnen. Brasilianer vertrauen auf ihre Spontaneität und darauf, dass am Ende immer alles gut gehen wird – bei Bedarf unter Einsatz eines *Jeitinho* (zum *Jeitinho* später mehr).

## 5. Geduld

Ihr Optimismus hilft den Brasilianern auch bei der Bewältigung des Alltags. Denn Brasilien ist ein Land mit **hohen bürokratischen Hürden**. Brasilianer erleben ihren Alltag vielfach „als Hindernislauf, der von aufdringlicher Ineffizienz und bürokratischer Hypertrophie geprägt ist. Seine auffälligsten Insignien sind die Langsamkeit, die Schwerfälligkeit und die Umständlichkeit“ (Wolf Paul). 31

➔ Folglich haben Brasilianer gelernt, geduldig zu sein: „*Paciência* ist die große Tugend der Brasilianer.“ (Faber). Das muss man als aus dem Ausland anreisender Besucher wissen. Unter Zeitdruck ist in Brasilien wenig zu erreichen. Ganz im Gegenteil: Wer schon zu Verhandlungsbeginn Terminknappheit signalisiert und auf den fest gebuchten Rückflug hinweist, bringt sich selbst in eine ungünstige Position. Der brasilianische Verhandlungspartner hat Zeit, Geduld und Ausdauer und wird diese im Sinne eines für ihn optimalen Verhandlungsergebnisses gerade dann nutzen, wenn er weiß, dass sein Gesprächspartner es eilig hat. Auch interpretieren Brasilianer derart offen demonstrierte Zeitknappheit leicht als Desinteresse, als mangelnde Wertschätzung und Missachtung ihres natürlichen Kommunikationsbedürfnisses. Auf diese Weise sind schon manche Vertragsschlüsse aus für den ausländischen Gast nicht nachvollziehbaren Gründen gescheitert oder Verträge zustande gekommen, die den ausländischen Besucher später gereut haben.

## II. Der Zeitfaktor

### 1. Das brasilianische Verständnis von Zeit

„Brasilianer sind Millionäre an Zeit.“ (Canstatt) und „Das Leben ist hier wichtiger als die Zeit.“ (Stefan Zweig): mit diesen Zitaten lässt sich das brasilianische Verständnis von Zeit recht treffend charakterisieren. Europäische Gehetztheit und Termindruck sind dem Brasilianer suspekt – er setzt ihnen seine **tropische Gelassenheit** entgegen. Dies bedeutet aber keineswegs, dass in Brasilien nicht schnell und effizient gearbeitet – und verhandelt – würde. Das gilt ganz besonders in São Paulo und den weiteren Großstädten im Süden des Landes. Anders ist nur, dass nicht mit „deutscher Pünktlichkeit“ auf dem Verhandlungsbeginn zur verabredeten Terminstunde bestanden wird und genügend Zeit und Gelegenheit besteht, die Gespräche bei einem Smalltalk über das Wetter, die Familie, Sport, die neuesten gesellschaftlichen oder politischen Ereignisse zu beginnen sowie gelegentlich bei einem *Cafezinho* (der brasilianischen Form des Espresso) zu unterbrechen. 32

## 2. Unpünktlichkeit? Das Datum als ungefährer Zeitpunkt

- 33 Brasilianer werden von ihren ausländischen Vertragspartnern schnell mit dem Stigma der „Unpünktlichkeit“ versehen, wenn sie sich bei Besprechungsterminen (wiederholt) nicht zur verabredeten Stunde einfinden, vereinbarte Liefertermine nicht exakt einhalten und Zusagen nicht termingenuau erfüllen.

Das ist ein Irrtum. Brasilianer sind nicht unpünktlich. Das verbietet ihnen schon ihre Höflichkeit. Sie haben nur ein **anderes Zeitverständnis**. Es setzt nicht voraus, dass ein auf 9.15 Uhr terminiertes Gespräch auch wirklich zu diesem Zeitpunkt beginnt oder zumindest alle Teilnehmer zur verabredeten Terminstunde anwesend sind. Für Brasilianer ist ein Erscheinen des Gesprächspartners um 9.30 Uhr oder gar 9.45 Uhr auch noch „pünktlich“. Derartige „Verspätungen“ sind aus seiner Sicht weder unhöflich noch rücksichtslos, sondern den Ungewissheiten des täglichen Lebens, den Unwägbarkeiten des Straßenverkehrs, den Unzulänglichkeiten der Logistik des Landes geschuldet, die – nicht zuletzt in Ermangelung der für Deutsche so selbstverständlichen Infrastruktur – nur mit gewisser Ungenauigkeit und Unzuverlässigkeit funktioniert.

Die ihm eigene positive, optimistische, lebensbejahende Sichtweise veranlasst den Brasilianer, seinem Gesprächspartner zunächst – bis zum Beweis des Gegenteils – nur **gute Absichten** und **bestes Bemühen** zu unterstellen. Wenn es mit termingerechter Lieferung oder Gesprächsbeginn zum verabredeten Zeitpunkt trotz aller Anstrengungen nicht klappt, sind im Zweifel die äußeren Umstände, gegebenenfalls aber auch ganz einfach die Inanspruchnahme durch andere Verpflichtungen dafür verantwortlich, nicht indes Unhöflichkeit, Nachlässigkeiten oder rücksichtsloses Verhalten. Wer käme angesichts der Unwägbarkeiten dieses Lebens auf den Gedanken, eine Verspätung um 15 oder 30 Minuten als Unpünktlichkeit, eine Lieferfristüberschreitung um einige Tage als Verzug zu bezeichnen? Jeder Brasilianer wird ein solches Verdikt als übertriebene Förmerei und unerträgliche Pedanterie empfinden.

☞ Ein von deutscher Seite als „fix“ verstandener Liefertermin ist also aus Sicht eines Brasilianers oft nur eine ungefähre Zeitangabe: dieses Missverständnis kann weit reichende Folgen insbesondere dann haben, wenn der deutsche Geschäftspartner sich (Stichwort: Vertragsdurchführung und -controlling) „blind“ und ohne wiederholte Nachfragen darauf verlässt, dass die brasilianische Seite ihre Lieferzusage taggenau einhalten werde.

- 34 Eine gute Nachricht gibt es in diesem Zusammenhange für den an deutsche Pünktlichkeit gewöhnten Fremden aber doch: Das **brasilianische** und das **mitteleuropäische Zeitverständnis** haben sich im Laufe der letzten Jahrzehnte zunehmend angenähert; diese Entwicklung gilt besonders für São Paulo und den gesamten Süden des Landes. In São Paulo, und bei Verhandlungen mit Vertragspartnern aus dieser Region, kann man sich also mit erheblich größerer Wahrscheinlichkeit als in weiter nördlich ge-

legen den Regionen Brasiliens darauf verlassen, dass Termine im europäischen Sinne pünktlich beginnen und Lieferfristen termingerecht eingehalten werden.

- ➔ Wieder etwas anderes gilt für **gesellschaftliche Einladungen** am 35  
 Abend. Zu diesen Einladungen, die im Geschäftsleben eine sehr wichtige Rolle spielen, darf der Eingeladene nicht überpünktlich erscheinen. Das wäre ein unverzeihlicher Fauxpas. Angemessen – und vom Gastgeber erwartet – ist bei solchen Einladungen eine „Verspätung“ von wenigstens 30 Minuten; wer um 20.00 Uhr geladen ist, sollte also tunlichst nicht vor 20.30 Uhr erscheinen. Das gilt auch in São Paulo, wobei die „richtige Verspätung“ regional durchaus verschieden ist. Der Fremde tut also gut daran, einen Ortskundigen zu befragen, wenn er eine gesellschaftliche Einladung erhält.

### 3. Das „Amanhã-Syndrom“

„Das Leben in Deutschland ist manchmal recht schwierig, wie zum Beispiel heute. Das Telefon klingelte, ich nahm ab, ein sympathischer höflicher Deutscher wollte wissen, ob ich für einen Vortrag am Mittwoch, dem 16. November um 20.30 Uhr Zeit hätte. Ich weiß, dass ein Deutscher nur schwer verstehen kann, warum ein Brasilianer eine solche Frage nicht begreift. Wie kann jemand mit solcher Genauigkeit so lange im Voraus etwas festlegen, diese Deutschen sind wirklich verrückt. Aber ich wollte nicht unhöflich sein, und wie immer bat ich meine Frau um Rat. „Frau“, sagte ich, nachdem ich den Anrufer gebeten hatte, einen Augenblick zu warten, „habe ich irgendeine Verabredung am 16. November um 20.30 Uhr?“ „Bist Du verrückt“, sagte sie, „so eine Frage kann doch keiner beantworten.“ „Ich weiß, aber da ist ein Deutscher, der eine Antwort will.“ „Sag ihm, du gibst ihm morgen Bescheid.“ „Und wenn er morgen wieder anruft? Er ist Deutscher, er wird morgen anrufen, er weiß nicht, was morgen heißt!“ (João Ubaldo Ribeiro)

Das Wort „*Amanhã*“ (wörtlich übersetzt: „morgen“) ist im brasilianisch-portugiesischen Sprachgebrauch ein unerhört vielschichtiger Begriff. 36  
 Ihren Ursprung hat diese Vielschichtigkeit in der in Brasilien weit verbreiteten Gewohnheit, dringliche Dinge nicht im Voraus, sondern erst dann in Angriff zu nehmen, wenn die Zeit drängt. *Amanhã* ist immer noch früh genug. Abgesehen von der zeitlichen Ebene gibt es aber noch einen anderen Kontext, in welchem das *Amanha* bedeutsam ist: Höflichkeit und Mitgefühl verbieten den Brasilianern, eine Bitte abschlägig zu bescheiden, die Erfüllung des von einem Geschäftspartner vorgetragenen Wunsches also mit einem eindeutigen „Bedaure, aber das ist leider nicht möglich“ abzulehnen. Der Brasilianer flüchtet stattdessen in das *Amanha*.

Das Spektrum der möglichen Bedeutungen des *Amanha* reicht also von der höflichen Umschreibung eines sehr bestimmten „Nein“ oder „Nie-mals“ (wie bereits gesagt: eine offene und klare Absage mit einem „Nã“ – also einem „Nein“ – kommt Brasilianern fast nie über die Lippen) über ein „Lass uns das Thema wechseln“, ein „Vielleicht“ oder „Ich komme