



Informationen zu aktuellen Rechtsentwicklungen

Gesellschaftsrecht

- Bye bye Inhaberaktie – Die Tage der Inhaberaktie bei nichtbörsennotierten AGs scheinen gezählt _____ 3
- Variable Vergütung mit mehrjähriger Bemessungsgrundlage – Nachhaltigkeit statt Strohfeuer _____ 4
- Siemens, MAN, BayernLB – Wer verklagt als nächstes seine Manager? _____ 5
- D&O Versicherung im Vorstandsvertrag – Schlanke Regelung erhöht Risiko für Vorstände und Unternehmen ____ 6

Gesellschaftsrecht / Steuerrecht

- Schock für Käufer sanierungsbedürftiger Unternehmen – EU-Kommission kippt deutsche Sanierungsklausel ____ 7

Kapitalmarktrecht

- Bondm-Anleiheemission als Finanzierungsalternative für mittelständische Unternehmen – Die Freiheit hat ihren Preis _____ 8

Bankrecht und Finanzierungen

- Refinanzierung auslaufender Standard-Mezzanine-Programme _____ 9

Immobilienrecht / Gewerbliches Mietrecht

- Erneuter Reformbedarf bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Drohende Blockade bei Immobiliengeschäften einer GbR _____ 11
- Sind Vertragsübertragungsklauseln in Gewerberaummietverträgen wirksam? _____ 12

Erbrecht

- Lebensversicherungen – „Vererben am Nachlass und Finanzamt vorbei“ _____ 13

Arbeitsrecht

- Neues Recht für 1 Million Leiharbeiter _____ 15

Handelsrecht

- Die neuen Incoterms 2010 _____ 17

Privates Baurecht / Architektenrecht

- Verlust von Mängelrechten – Vorsicht bei Vereinbarungen über Nachbesserungsmaßnahmen _____ 18
- Planung von Photovoltaikanlagen – Vergütungspflicht nach den Grundsätzen der HOAI? _____ 19

Urheberrecht

- Signal auf grün auch im zweiten Rechtszug: Oberlandesgericht Stuttgart gewährt Stuttgart 21 urheberrechtlich freie Fahrt _____ 20

IT-Recht

- Ist der Kauf von Gebrauchtssoftware legal? Bundesrichter scheuen eine Entscheidung _____ 21

Vergaberecht

- Keine Chance im Vergabeverfahren nach Umstrukturierung oder Unternehmenskauf? _____ 22
- Änderung des Leistungsumfangs nach Submission möglich – Bieter dürfen Preise anpassen _____ 22

Kartellrecht

- Zulässige Preisempfehlung und verbotene Preisbindung – ein schmaler Grat _____ 23



Gesellschaftsrecht

Bye bye Inhaberaktie – Die Tage der Inhaberaktie bei nichtbörsennotierten AGs scheinen gezählt

Auf viele Aktiengesellschaften wird möglicherweise demnächst Arbeit zukommen. Nach einer geplanten Änderung des Aktiengesetzes sollen nur noch börsennotierte AGs ein Wahlrecht zwischen Inhaber- und Namensaktien haben. Für sämtliche nichtbörsennotierten AGs hingegen sollen nur noch Namensaktien zulässig sein; zu den hiervon betroffenen Gesellschaften gehören auch die im Freiverkehr gelisteten Gesellschaften. Erklärtes Ziel der geplanten Neuerung ist, die Beteiligungsverhältnisse transparenter zu machen.

Wird die Aktienrechtsnovelle Gesetz, müssen nichtbörsennotierte AGs, die Inhaberaktien ausgegeben haben, zwingend ihre Satzung ändern. Dazu ist die alte Satzungsbestimmung über Inhaberaktien aufzuheben; alternativ kann die Aktienart auch gleitend festgelegt werden mit einer Bestimmung, wonach Inhaberaktien nur ausgestellt werden, wenn die Gesellschaft börsennotiert ist. Hat die AG Aktienurkunden ausgegeben, sind ferner diese zu berichtigen bzw. umzutauschen oder für kraftlos zu erklären.

Erleichtert werden soll die Umstellung auf Namensaktien dadurch, dass der Aufsichtsrat anstelle der Hauptversammlung die hierzu erforderlichen Änderungen be-

schließen darf. Der Entwurf der Aktienrechtsnovelle sieht für die Inhaberaktien nichtbörsennotierter AGs eine Galgenfrist bis Ende 2014 vor. Bis dahin muss die Umstellung auf Namensaktien erfolgt sein. Versäumt eine betroffene AG die rechtzeitige Umstellung, werden andere Satzungsänderungen bei ihr solange blockiert, bis die Umstellung erfolgt ist.

Betroffene Aktiengesellschaften und Aktionäre sind gut beraten, sich sowohl mit den Gestaltungsmöglichkeiten bei der Umstellung als auch mit deren Folgen zu befassen. Beispielsweise muss die AG dann ein Aktienregister führen und Aktionärsrechte können nur noch von demjenigen Aktionär ausgeübt werden, der als solcher im Aktienregister eingetragen ist. Durch entsprechende Satzungsgestaltung kann versucht werden, ein möglichst aussagekräftiges Aktienregister zu erlangen.

Das Inkrafttreten der Aktienrechtsnovelle wird im vierten Quartal dieses Jahres erwartet.

Hansjörg Frenz, LL.M., Rechtsanwalt

Jens-Hendrik Janzen, LL.M., Rechtsanwalt

Fazit:

Wird die Aktienrechtsnovelle in ihrer derzeitigen Fassung Gesetz, wird die Inhaberaktie für nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften zum Auslaufmodell: Haben diese Gesellschaften Inhaberaktien ausgegeben, müssen sie bis Ende 2014 auf Namensaktien umstellen. Für börsennotierte Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien sowie alle AGs mit Namensaktien ergibt

sich hingegen kein unmittelbarer Handlungsbedarf. Wer die Gründung einer Aktiengesellschaft oder eine Kapitalerhöhung bei einer nichtbörsennotierten AG beabsichtigt, sollte berücksichtigen, dass die Namensaktie gemäß dem Reformentwurf die zukunftsträchtigere Aktienart ist.

Variable Vergütung mit mehrjähriger Bemessungsgrundlage – Nachhaltigkeit statt Strohfeuer

Bei Neuabschluss oder wesentlicher Änderung von Vorstandsverträgen ist darauf zu achten, dass eine gewährte variable Vergütung eine mehrjährige Bemessungsgrundlage hat. Zudem soll der Aufsichtsrat für außerordentliche Entwicklungen eine Begrenzungsmöglichkeit vorsehen. Für viele Aufsichtsräte stellt sich die Frage, wie sie diese Vorgaben des Aktiengesetzes umsetzen können: Ist das aktuelle Vergütungssystem noch gesetzeskonform? Was bedeutet der Begriff „mehrjährige Bemessungsgrundlage“ und welche Vergütungsmodelle kommen hierfür in Betracht? Ist eine kurzfristige Bartantieme daneben weiterhin zulässig?

Auch bei nichtbörsennotierten Unternehmen besteht häufig der Wunsch, ihr Vergütungssystem auf eine „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ auszurichten, wenngleich die strengen Anforderungen hier nicht zwingend gelten. Anstelle der Belohnung von kurzfristigen Erfolgen soll das Vergütungssystem die Manager zu einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts anregen und damit ihre Interessen mit denen der Gesellschafter wirksam verknüpfen. Das Ziel der Sicherung eines dauernden Bestands und einer dauernden Rentabilität ist mit Anreizen zu riskanten „Strohfeurereffekten“ nicht zu vereinbaren.

Die Festbezüge sollen als Grundgehalt den Vorstandsmitgliedern und ihren Familien den laufenden Lebensunterhalt unabhängig vom Erfolg des Unternehmens sichern. Dagegen werden variable Vergütungen meist an die Erreichung bestimmter Unternehmenskennzahlen, z.B. EBT, EBIT oder EBIT-Marge, geknüpft. Eine „mehrjährige Bemessungsgrundlage“ solcher Tantiemen erfordert nicht nur, dass die Auszahlung hinausgeschoben wird, vielmehr soll die Vergütung an positiven und negativen Entwicklungen in dem betreffenden Zeitraum teilnehmen. Bei nachfolgender negativer Ergebnisentwicklung können hierdurch

auch reale Einkommensverluste eintreten. Als „mehrjährig“ gilt hierbei ein Zeitraum von drei bis vier Jahren.

Während variable Vergütungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex empfohlen werden, lässt der Gesetzgeber den Unternehmen insofern freie Hand. Abgesehen von Ausnahmen ist allerdings das gesetzliche Gebot der Ausrichtung auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung zu beachten. Zwar sind kurzfristige Jahrestantiemen weiterhin zulässig. Hierdurch kann das Management am unternehmerischen Erfolg des abgelaufenen Geschäftsjahrs beteiligt werden. Jedoch muss die langfristige variable Vergütung die kurzfristige Komponente deutlich übersteigen.

Für eine „nachhaltigkeitskonforme“ variable Vergütung kommen verschiedene Modelle in Betracht. So kann eine Tantieme mit einem einfachen Gewinnvorbehalt versehen werden, so dass sie nur dann auszuzahlen ist, wenn das Unternehmen auch in den beiden folgenden Geschäftsjahren einen Gewinn erzielt.

Bei einer Performance-Tantieme bemisst sich die Tantieme hingegen nach der durchschnittlichen Zielerreichung in den vergangenen – bspw. drei – Geschäftsjahren. Sie wird zudem nur dann ausbezahlt, wenn in allen drei Geschäftsjahren ein positives Ergebnis erreicht worden ist.

Noch höhere Anreize setzt die Multiplikator-Tantieme: Die Tantieme wird nur ausbezahlt, wenn in den beiden folgenden Geschäftsjahren ein bestimmter Mindestgewinn erreicht wurde. Zudem wird sie mit einem bestimmten Faktor multipliziert, wenn das Unternehmen in diesen Geschäftsjahren eine bestimmte Gewinnschwelle überschreitet.



Bei Bonusbank-Modellen wird die Tantieme zu einem Teil sofort ausbezahlt, während der Rest als Bonusbank-Guthaben fortgeführt wird. In den Folgejahren zahlt das Unternehmen jeweils weitere Teile des Bonusbank-Guthabens aus, das sich aber vermindert, soweit das Unternehmen Verluste erwirtschaftet.

Bei allen Vergütungsmodellen ist auf eine Begrenzung der variablen Vergütung zu achten. Ein solcher Cap kann er-

forderlich sein, um die gesetzlich – auch für nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften – geforderte Angemessenheit der Vergütung sicherzustellen. Anlässe hierfür können sich durch außerordentliche Entwicklungen ergeben, die zu sog. „Windfall-Profits“ führen.

Dr. Guido Quass, Rechtsanwalt

Fazit:

Variable Vergütungen mit mehrjähriger Bemessungsgrundlage nehmen an positiven und negativen Entwicklungen in dem betreffenden Zeitraum teil, so dass durch Verlustjahre auch reale Einkommensverluste eintreten können. Bei börsennotierten Gesellschaften ist die variable Vergütung auf diese Weise auf eine nach-

haltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Die Praxis hat hierfür verschiedene Modelle entwickelt. Jahrestantiemen können auch weiterhin ein sinnvolles Element des Vergütungssystems bilden, müssen jedoch bei börsennotierten Gesellschaften von untergeordneter Bedeutung sein.

Gesellschaftsrecht

Siemens, MAN, BayernLB – Wer verklagt als nächstes seine Manager?

In jüngster Zeit mehren sich Schadensersatzforderungen von Unternehmen gegen ihre ehemaligen Manager. Prominente Beispiele sind die Millionenklagen von Siemens, MAN und der BayernLB.

Während in der Vergangenheit Vorstände oder Geschäftsführer nur äußerst zurückhaltend wegen angeblicher Managerfehler in Anspruch genommen wurden, scheinen die Unternehmen heute nicht mehr lange zu fackeln. Geschuldet ist dies wohl zum Teil der aktuellen Diskussion um die Folgen der Finanzkrise, sicherlich aber auch dem Eigeninteresse der amtierenden Organe, wegen Untätigkeit nicht selbst in die Schusslinie zu geraten.

Grundlage für die Pflicht des Aufsichtsrats zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Geschäftsführung ist das ARAG-Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1997. Hiernach hat der Aufsichtsrat aufgrund seiner Aufgabe, die Tätigkeit des Vorstands zu überwachen und zu kontrollieren, die Pflicht, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu

prüfen. Kommt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass sich der Vorstand schadensersatzpflichtig gemacht hat, muss er sorgfältig abschätzen, ob und in welchem Umfang eine gerichtliche Geltendmachung erfolgversprechend ist. Fällt diese Prüfung positiv aus, hat der Aufsichtsrat diese Ansprüche geltend zu machen, sofern nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen.

Vergleichbare Prüfungspflichten treffen Vorstände und Geschäftsführer im Hinblick auf eine mögliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder. Bleiben sie trotz entsprechender Anhaltspunkte untätig, laufen sie Gefahr, deshalb selbst für einen dadurch entstehenden Schaden haftbar gemacht zu werden.

Damit die neuen Organe mehr Zeit haben, etwaige Fehler ihrer Vorgänger zu untersuchen, wurde die Verjährungsfrist zugunsten börsennotierter Gesellschaften von fünf auf zehn Jahre verlängert. Bei den übrigen Gesellschaften verbleibt es hingegen bei der fünfjährigen Verjährung. Wichtig ist dabei, dass diese Fristverlängerung auch für

alle vor dem 15. Dezember 2010 entstanden und zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährten Haftungsansprüche gilt.

Dr. Klaus-Dieter Rose, Rechtsanwalt

Jens-Hendrik Janzen, LL.M., Rechtsanwalt

Fazit:

Aufsichtsräte, Vorstände und Geschäftsführer kommen nicht umhin, mögliches Fehlverhalten ihrer Vorgänger sorgfältig zu überprüfen und bei hinreichenden Erfolgsaussichten Schadensersatzansprüche auch mit

gerichtlicher Hilfe durchzusetzen. Großunternehmen wie Siemens, MAN und BayernLB setzen dies rigoros um. Wer seine ehemaligen Organmitglieder schont, riskiert, dafür selbst belangt zu werden.

Gesellschaftsrecht

D&O Versicherung im Vorstandsvertrag Schlanke Regelung erhöht Risiko für Vorstände und Unternehmen

Führungskräfte werden immer häufiger auf Schadensersatz wegen Verletzung ihrer Pflichten von ihren (ehemaligen) Arbeitgebern verklagt. Zahlt eine D&O Versicherung bei einer Verurteilung des Vorstandes, ist dies sowohl für die Gesellschaft als auch für das Vorstandsmitglied von Vorteil: Die Führungskraft muss den Schaden nicht aus eigener Tasche bezahlen und das Unternehmen hat auch bei größeren Schadenssummen einen solventen Schuldner.

Es sollte daher bereits im Anstellungsvertrag mit dem Vorstand eine detaillierte Regelung zur D&O Versicherung getroffen werden. Welchen genauen Inhalt die Regelung hat, ist von Fall zu Fall unterschiedlich. Folgende Themen sollten die Vertragsparteien bedenken:

Deckungssumme

In dem Vorstandsvertrag sollte die Höhe der Deckungssumme vereinbart werden. Bilanzsumme des Unternehmens und Risikonähe der Branche können Anhaltspunkte für die Höhe der Deckungssumme sein.

Selbstbehalt

Im Aktiengesetz ist vorgesehen, dass das Vorstandsmitglied einen Selbstbehalt tragen muss. Die Mindesthöhe beträgt 10 % des jeweiligen Einzelschadens, jährlich jedoch nicht mehr als das 1,5-fache der Jahresfestvergütung. Da auch der Deutsche Corporate Governance Kodex einen Selbstbehalt vorsieht, empfiehlt es sich zu vereinbaren,

dass immer der jeweils höhere Betrag gilt.

Deckung für Auslandsschäden

Vorstände können auch im Ausland auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Insbesondere Führungskräfte, welche in den USA oder Kanada tätig sind, sollten Wert auf eine Deckung für im oder aus dem Ausland geltend gemachte Ansprüche legen. Denn eine Beratung durch US-amerikanische Anwälte ist sehr kostspielig.

Handeln für Organe bei anderen Konzernunternehmen

In Konzernen haben Führungskräfte oft nur einen Vorstandsvertrag mit einer Gesellschaft, sind aber bei mehreren Konzerngesellschaften als Vorstände bestellt. Dies bedeutet, dass die Möglichkeit einer persönlichen Haftung auch für die Tätigkeit bei diesen Konzerngesellschaften besteht. Führungskräfte sollten in diesem Fall darauf achten, dass der Versicherungsschutz auch die Tätigkeit bei anderen Konzernunternehmen umfasst. Vorstände sollten auch beachten, dass dies ebenfalls gilt, wenn die Gesellschaft erst nach Abschluss des Vorstandsvertrages Bestandteil der Unternehmensgruppe wird.

Versicherungszeitraum

Bei D&O Versicherungen gilt das „Claims Made-Prinzip“: Für eine Leistung der Versicherung ist Voraussetzung, dass



der Versicherungsschutz besteht, wenn der Vorstand sich pflichtwidrig verhält und auch noch dann besteht, wenn der Anspruch gegen das Vorstandsmitglied erhoben wird. Mit einer „Rückwärtsversicherung“ können vor Versicherungsbeginn verursachte noch nicht bekannte Schäden in den Versicherungsschutz einbezogen werden, wenn die Geltendmachung der Schäden erst nach Vertragsbeginn erfolgt.

Aus dem gleichen Grund sollten Vorstände vereinbaren, dass der Versicherungsschutz für einen gewissen Zeitraum nach dem Ausscheiden aufrecht zu erhalten ist. Denn ansonsten hätte das Vorstandsmitglied für den Fall, dass ein Anspruch erst nach seinem Ausscheiden erhoben wird, keinen Versicherungsschutz.

Kosten für Rechtsverteidigung

In dem Vorstandsvertrag sollte eine Regelung aufgenommen werden, dass die Versicherung auch die Rechtsverteidigungskosten bezahlt. Die D&O Versicherung sollte das Honorar für internationale Großsozietäten oder entsprechende Spezialkanzleien übernehmen, da für eine optimale Rechtsverteidigung ein Rechtsanwalt mit vertieften Kenntnissen im Recht der Vorstandshaftung erforderlich ist.

Susanne Derichs, Rechtsanwältin

Dr. Gerhard Ries, Rechtsanwalt

Fazit:

Die Regelung in einem Vorstandsvertrag „Die AG wird eine D&O Versicherung für das Vorstandsmitglied abschließen“ ist nicht ausreichend, einen angemessenen Versicherungsschutz für Führungskräfte und Unter-

nehmen zu gewährleisten. Bei Verhandlungen über einen Vorstandsvertrag sollten zumindest die dargestellten Aspekte bedacht werden.

Gesellschaftsrecht / Steuerrecht

Schock für Käufer sanierungsbedürftiger Unternehmen EU-Kommission kippt deutsche Sanierungsklausel

Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahr 2009 rückwirkend zum 1. Januar 2008 den Käufern sanierungsbedürftiger Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, aufgelaufene Verluste mit Steuern auf zukünftige Gewinne zu verrechnen (sogenannte Sanierungsklausel). Diese Sanierungsklausel verstößt gegen das EU-Beihilferecht. Erhaltene Steuervergünstigungen müssen zurückgezahlt werden. Das hat die Kommission entschieden.

Bei einem Wechsel des Anteilseigners ist eine Nutzung vorhandener Verlustvorträge grundsätzlich ausgeschlos-

sen. Grund hierfür ist, rein steuerlich motivierte Akquisitionen zu verhindern. Käufer, die ein Unternehmen mit Verlustvorträgen kaufen, sollen gegenüber anderen Käufern von Unternehmen nicht begünstigt werden.

Der deutsche Gesetzgeber hat aber im Jahr 2009 eine sogenannte Sanierungsklausel ins Leben gerufen. Diese ermöglichte, in Schieflage geratene Unternehmen zu übernehmen und deren Verluste mit Steuern auf zukünftige Gewinne zu verrechnen. In der Sanierungsklausel sieht die Kommission eine unzulässige Begünstigung von wirtschaft-

lich schlecht dastehenden Unternehmen gegenüber gesunden Unternehmen, die auch Verluste erleiden können, und damit eine Wettbewerbsverzerrung.

Die Rechtsfolge ist drastisch. Sämtliche unter Anwendung dieser Regelung erhaltenen Steuervorteile sind zurückzugewähren. Auf die betroffenen Unternehmen können somit deutliche, nicht eingeplante Mehrbelastungen zukommen.

Dr. Christoph Winkler, Rechtsanwalt

Fazit:

Schlechte Nachrichten für Käufer sanierungsbedürftiger Unternehmen. Das Sanierungsprivileg verstößt nach Auffassung der Kommission gegen das EU-Beihilferecht. Käufer sanierungsbedürftiger Unternehmen müssen mit erheblichen nicht eingeplanten Steuermehrbelastungen rechnen.

Kapitalmarktrecht

Bondm-Anleiheemission als Finanzierungsalternative für mittelständische Unternehmen – Die Freiheit hat ihren Preis

Die Börse Stuttgart hat im Mai 2010 im Freiverkehr ein spezielles Handelssegment „Bondm“ für Unternehmensanleihen von Emittenten des gehobenen Mittelstands geschaffen. Vier weitere Börsen sind dem gefolgt und haben ähnliche Segmente geschaffen. Das neue Handelssegment zielt insbesondere auf Privatanleger als Investoren. Zwischenzeitlich haben 10 Unternehmen Bondm-Anleihen mit Emissionsvolumina zwischen 25 Mio. Euro und 150 Mio. Euro begeben. Derzeit stellt sich für viele mittelständische Unternehmen die Frage, ob in ihrer konkreten Finanzierungssituation die Emission einer Bondm-Anleihe sinnvoll ist.

Zulassungsvoraussetzungen und Folgepflichten

Die Emission einer Bondm-Anleihe setzt neben der Veröffentlichung eines von der BaFin gebilligten Wertpapierprospekts insbesondere ein Emittentenrating (z.B. von Creditreform oder Euler Hermes) voraus. Nicht börsennotierte Emittenten sind ferner verpflichtet, eines der vier Beratungsunternehmen zu mandatieren, die von der Börse als „Bondm-Coach“ zugelassen sind. Der Bondm-Coach soll die Emittenten bei der Erfüllung der Zulassungsfolgepflichten unterstützen. So muss der Emittent einer Bondm-Anleihe neben der Veröffentlichung des testierten Einzel- und ggf. Konzernabschlusses sowie eines verkürzten Halbjahresabschlusses mit Zwischenlagebericht insbesondere jährliche Folgeemittentenratings veröffentlichen. Wenn Umstände eintreten, die potenziell Auswirkungen auf den

Börsenpreis der Anleihe haben, muss der Emittent ferner auf die Unternehmensanleihe bezogene „Quasi-Ad-hoc-Mitteilungen“ bekannt machen.

Chancen und Vorteile einer Bondm-Anleiheemission

Gegenüber einer klassischen Konsortialfinanzierung bietet die Emission einer Bondm-Anleihe den Vorteil, dass die unternehmerische Handlungsfreiheit des Emittenten nicht durch die Vielzahl von financial covenants und sonstigen Verhaltenspflichten eingeengt wird, die bei internationalen Konsortialkrediten üblich sind. Weitere Vorteile einer Bondm-Anleiheemission liegen in der im Vergleich zu Konsortialkrediten meist längeren Anleihelaufzeit sowie der bei Unternehmensanleihen verzichtbaren Besicherung. Bondm verfügt über ein eigenes Zeichnungstool (icubic) und betreibt aktive Marktpflege durch Liquiditäts-Provider. Dies erleichtert eine Eigenemission, so dass je nach eigener Platzierungskraft auf die Mitwirkung einer Emissionsbank verzichtet werden kann.

Risiken und Nachteile einer Bondm-Emission

Diesen Vorteilen steht zunächst das bei Anleiheemissionen naturgemäß bestehende Platzierungsrisiko gegenüber. Ferner fallen bei der Emission einer Bondm-Anleihe neben den überschaubaren einmaligen Kosten für die Erstellung des Wertpapierprospekts erhebliche Gebühren des Bondm-Coaches, der Börse und der Zahlstelle sowie Kosten des

jährlichen Emittentenratings an. Überdies sind bei Unternehmensanleihen typischerweise höhere Festzinssätze als bei einer variabel verzinslichen Konsortialfinanzierung marktgängig. Ein weiterer struktureller Nachteil einer Anleiheemission liegt in dem durch die Vielzahl der Anleihegläubiger bedingten Restrukturierungsrisiko: Entsteht nach der Anleiheemission das Bedürfnis nach einer Änderung der Anleihebedingungen, so ist dies nur durch einen Mehrheitsbeschluss der Gläubigerversammlung möglich.

Sinnvolle Bondm-Finanzierungsszenarien

Die Begebung einer Bondm-Unternehmensanleihe ist insbesondere in zwei Finanzierungssituationen sinnvoll:

Zum einen, wenn das Unternehmen bislang nur in geringem Umfang und nicht durch einen Konsortialkredit nach internationalem Standard fremdfinanziert war: Entsteht hier ein zusätzlicher erheblicher Finanzierungsbedarf (etwa durch eine Akquisition), so kann eine Bondm-Anleihe ein geeignetes Finanzierungsmittel sein, durch das die Aufnahme eines Konsortialkredits und die dadurch bedingte laufende Abhängigkeit von den Konsortialbanken vermieden werden kann.

Weiterhin kann eine Bondm-Unternehmensanleihe im Einzelfall als Instrument zu einer gewünschten teilweisen Refinanzierung und Verschlinkung des Konsortiums eines bestehenden syndizierten Kredits sinnvoll sein.

Da bei kleinvolumigen Unternehmensanleihen das Risiko von Kursschwankungen durch unausführbare Verkaufsoorders besteht, werden Bondm-Emissionen in der Regel erst ab einem Mindestvolumen von ca. 50 Mio. Euro empfohlen.

Dr. Guido Quass, Rechtsanwalt

Roman A. Becker, Rechtsanwalt

Fazit:

Eine Bondm-Anleiheemission ist mit vergleichsweise hohen Kreditkosten sowie naturgemäß mit einem Platzierungsrisiko verbunden und meist erst ab einem Finanzierungsvolumen von ca. 50 Mio. Euro empfehlenswert.

Bankrecht und Finanzierungen

Refinanzierung auslaufender Standard-Mezzanine-Programme

In den Jahren 2011 bis 2014 werden nach aktuellen Schätzungen bei deutschen mittelständischen Unternehmen Standard-Mezzanine-Finanzierungen in einer Größenordnung von EUR 4,5 Mrd. Euro auslaufen. Da Standard-Mezzanine-Finanzierungen im Zuge der Finanzkrise mittlerweile vollständig vom Markt verschwunden sind, stellt sich für viele Unternehmen die Frage nach geeigneten Refinanzierungsformen. Um der großen Refinanzierungswelle zuvorzukommen, ist es für die betroffenen Unternehmen ratsam, die Refinanzierung bereits frühzeitig sicherzustellen.

Der kurze Erfolg der Standard-Mezzanine-Programme

Bei Standard-Mezzanine-Programmen handelt es sich um als Nachrangdarlehen oder Genussrechte ausgestaltete, standardisierte Finanzierungsverträge mit Einzelvolumina von i.d.R. zwischen 3 und 10 Mio. Euro, Festlaufzeiten von ca. sieben Jahren und endfälliger Tilgungsstruktur, die im Wege strukturierter Verbriefungen über den Kapitalmarkt refinanziert wurden.



Aufgrund der Festlaufzeiten werden die Verträge ab 2011 massenweise auslaufen.

In den Jahren 2004 bis 2007 haben über 500 deutsche Unternehmen des gehobenen Mittelstands Standard-Mezzanine-Finanzierungen abgeschlossen. Viele dieser Finanzierungen, die unter wohlklingenden Namen wie PREPS, HEAT, equiNotes oder Smart Mezzanine vermarktet wurden, sind ohne gründliche Due Diligence-Prüfung vergeben worden. Mittlerweile sind durch Insolvenzen von Standard-Mezzanine-Darlehensnehmern bereits Forderungsausfälle in Höhe von etwa 500 Mio. Euro eingetreten. Aufgrund enttäuschter Investorenerwartungen sowie der Austrocknung des Verbriefungsmarkts im Zuge der Finanzkrise wird nicht mit der Auflage vergleichbarer standardisierter Anschlussfinanzierungen gerechnet.

Die Sicht der Kapitalgeber

Marktbeobachter erwarten, dass es nicht allen Unternehmen gelingen wird, eine adäquate Refinanzierung zu erlangen. Viele Kapitalgeber befürchten bei Auslaufen der Finanzierungen einen teilweisen oder gänzlichen Forderungsausfall.

Die betroffenen Unternehmen müssen daher damit rechnen, dass manche Kapitalgeber versuchen, die Engagements bereits vor der großen Refinanzierungswelle durch vorzeitige außerordentliche Kündigungen zu beenden. Ferner sehen sich die Kreditnehmer zum Teil mit Nachbesicherungsverlangen konfrontiert.

Handlungsempfehlungen für Kreditnehmer

Um den Standard-Mezzanine-Kapitalgebern nicht ungewollt einen Kündigungsgrund „auf dem Silbertablett zu servieren“, sollten die Kreditnehmer besonderes Augenmerk auf die Erfüllung sämtlicher im Finanzierungsvertrag vereinbarter Verpflichtungen legen, deren Verletzung ein Kündigungsrecht auslöst.

Hierbei handelt es sich zunächst um die vertraglichen In-

formationspflichten (insbesondere zur Offenlegung der Jahresabschlüsse, Geschäftspläne und Quartalsberichte) sowie um die fristgerechte Zahlung der fälligen Zinsen.

Weiterhin dürfen die betreffenden Unternehmen regelmäßig keine weiteren nachrangigen Fremdkapitalinstrumente, Genussrechte oder stillen Beteiligungen begeben. Häufig bestehen auch Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung von Versicherungsschutz im branchenüblichen Umfang sowie zu einem jährlichen Rating.

Bei Verletzung der im Finanzierungsvertrag vereinbarten Finanzkennzahlen oder bei Herabstufung des Ratings können die Kreditgeber nach dem Wortlaut der meisten Verträge die Bestellung ausreichender Sicherheiten verlangen. Einem solchen Nachbesicherungsverlangen kann jedoch im Einzelfall entgegengehalten werden, dass eine nachträglich bestellte Sicherheit in einer Insolvenz des Darlehensnehmers gemäß § 134 InsO (sog. „Schenkungsanfechtung“) durch den Insolvenzverwalter anfechtbar und damit für den Kreditgeber wertlos ist. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls in Fällen der nachträglichen Bestellung von Sicherheiten durch ein anderes Konzernunternehmen (z.B. bei Up-Stream-Sicherheiten).

Refinanzierungsmöglichkeiten

Da Standard-Mezzanine-Programme am deutschen Markt mittlerweile nicht mehr angeboten werden, kommen insbesondere die folgenden Bausteine einer Refinanzierung in Betracht:

- Stille Beteiligungen, z.B. durch Beteiligungsgesellschaften
- Individualmezzanine
- Schuldscheindarlehen
- Bankkredite
- Sale & Lease Back-Transaktionen
- Gesellschafterdarlehen

Roman A. Becker, Rechtsanwalt

Steffen Follner, Rechtsanwalt

Fazit:

Unternehmen, die sich an Standard-Mezzanine-Programmen beteiligt haben, sollten sich frühzeitig um eine Refinanzierung bemühen, um der großen Refinanzierungswelle und damit der Konkurrenz um „frisches“ Kapital zuvorzukommen. Bis zu einer erfolgreichen Refi-

nanzierung sollte die Einhaltung der kreditvertraglichen Verhaltenspflichten genau überwacht werden, um eine unbeabsichtigte Auslösung eines vorzeitigen Kündigungsrechts zu verhindern.



Immobilienrecht / Gewerbliches Mietrecht

Erneuter Reformbedarf bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Drohende Blockade bei Immobiliengeschäften einer GbR

Die Rechtsentwicklung der letzten Jahre hat unbeabsichtigt dazu geführt, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nur noch unter großen Schwierigkeiten oder überhaupt nicht Grundstücke kaufen und verkaufen kann. Die negativen Folgen sind kaum zu überschätzen, da sich die GbR in den vergangenen Jahrzehnten zu einer häufig gewählten Rechtsform für den Erwerb von Eigentum an Grundstücken durch Ehegatten, Familiengesellschaften und andere Personengruppen bis hin zu großen Immobilienfonds entwickelt hatte.

Die Rechtsprechung und dieser folgend auch der Gesetzgeber haben der GbR in den letzten zehn Jahren in zunehmendem Maß eine eigene Rechtsfähigkeit zugesprochen. Dies hat zur Folge, dass anders als bisher ausschließlich die Gesellschaft, nicht aber deren Gesellschafter, als Inhaberin von Rechten der GbR angesehen wird. Durch diese Entwicklung entstanden zahlreiche Probleme, insbesondere bei Rechtsgeschäften mit Grundstücken.

Der Erwerb oder die Veräußerung von Eigentum und anderen dinglichen Rechten an einem Grundstück setzen eine Eintragung im Grundbuch voraus. Eine solche Eintragung kann wiederum nur erreicht werden, wenn die Eintragungsvoraussetzungen dem Grundbuchamt in notarieller Form nachgewiesen wurden. Zu diesen Voraussetzungen gehören auch die Existenz einer beteiligten Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis der für sie handelnden Personen. Da es für die GbR aber kein Register gibt, aus welchem ersichtlich ist, dass die Gesellschaft existiert und durch wen sie wirksam vertreten wird, hat die Rechtsfähigkeit der GbR in der Vergangenheit schon mehrfach zu Problemen bei der Abwicklung von Immobiliengeschäften geführt. Ein erstes Eingreifen des Gesetzgebers im Jahre 2009 konnte die Schwierigkeiten nicht vollständig beseitigen. Seit einem Beschluss des OLG München vom 20. Juli 2010 entwickelt sich ein verschärfter Meinungs-

streit in Literatur und Rechtsprechung, der zwischenzeitlich zur vollständigen Verweigerung einzelner Grundbuchämter bei Grundbuchanträgen einer GbR führt. Faktisch kann eine GbR dann keine Rechte an Grundstücken mehr erwerben oder verkaufen. Eine Lösung der entstandenen Probleme wird nur durch den Gesetzgeber oder eine klare Entscheidung des Bundesgerichtshofs möglich sein.

Exemplarisch werden nachfolgend zwei häufig auftretende Fallkonstellationen geschildert, die aufgrund dieser Entwicklung derzeit nur mit Schwierigkeiten, im schlimmsten Fall gar nicht im Grundbuch vollzogen werden können:

1. Eine bestehende GbR, die bereits mehrere Immobilien im Bestand hat, möchte eine weitere Immobilie kaufen. Für die Gesellschafter ist es wichtig, die neue Immobilie durch die bestehende GbR zu erwerben, da sie durch eine sehr gute Rentabilität die Liquidität der GbR verbessern soll. Folgt das für den Grundbuchvollzug zuständige Grundbuchamt der besonders strengen Rechtsprechung des OLG München, lehnt es den Vollzug aller Anträge mit dem Hinweis ab, dass der Gesetzgeber zunächst eine rechtssichere Grundlage für den Nachweis der Existenz der GbR und deren Vertretung zu schaffen habe. Bis dahin ist ein Erwerb von Grundstücken für eine bestehende GbR nicht möglich. Hat das Grundbuchamt eine großzügigere Haltung, muss zumindest der Gesellschaftsvertrag in notariell beglaubigter Form vorgelegt werden, ergänzt durch eine eidesstattliche Versicherung aller Gründungsgesellschafter darüber, dass sich keine Veränderungen des Gesellschafterbestands und der Vertretungsbefugnis ergeben haben. Haben sich Gesellschafterbestand oder Vertretungsregelung seit der Gründung geändert, entstehen zusätzliche Probleme, da auch dies in notarieller Form nachgewiesen werden muss.

2. Eine GbR ist als Eigentümerin einer Immobilie eingetragen und möchte diese verkaufen. Für die Abwicklung muss zunächst geklärt werden, ob die GbR – entsprechend der seit dem 18. August 2009 geltenden Gesetzeslage – unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen ist, versehen mit der Angabe der Gesellschafter. Nur dann kann sich der Käufer in vollem Umfang auf die Schutzvorschriften des Gesetzgebers und somit auf die Vermutung der Richtigkeit des Grundbucheintrags berufen. Ist der Grundbucheintrag anders gefasst, z.B. durch Angabe der Namen der Gesellschafter mit dem Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“, muss das Grundbuch zunächst berichtigt werden. Hierbei entstehen dieselben Schwierigkeiten wie unter Ziffer 1 dargestellt. Dasselbe gilt, wenn Änderungen des Gesellschafterbestands nicht im Grundbuch verzeichnet wurden.

Aber auch wenn der Grundbucheintrag der aktuellen Gesetzeslage entspricht, setzt ein Verkauf durch die

GbR zusätzliche Maßnahmen voraus: Zum einen sollte in dem Kaufvertrag eine Abwicklung über ein Notaranderkonto vorgesehen werden, so dass der Verkäufer erst über den Kaufpreis verfügen kann, wenn der Käufer als Eigentümer der Immobilie im Grundbuch eingetragen ist. Damit wird sichergestellt, dass der Käufer nicht Gefahr läuft, durch die Schwierigkeiten bei der Grundbuchabwicklung kein Eigentum zu erwerben und gleichzeitig sein Geld zu verlieren. Zum anderen müssen die im Kaufvertrag handelnden bzw. vertretenen Gesellschafter auch persönlich eine vertragliche Verpflichtung zum Verkauf der Immobilie eingehen, damit der Käufer einen wirksamen Kaufvertrag bekommt. Selbst bei Berücksichtigung aller dieser Punkte kann das Grundbuchamt aber unter Verweis auf einen nicht ausreichenden Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen die Eintragung letztendlich verweigern.

Christiane Stoye-Benk, Württ. Notariatsassessorin

Dr. Steffen Kircher, Rechtsanwalt

Fazit:

Bei vielen Grundbucheinträgen, die dingliche Rechte einer GbR betreffen, besteht derzeit die Gefahr, dass die Grundbuchämter den Vollzug erschweren oder sogar blockieren. Für Gesellschaften bürgerlichen Rechts kann nur empfohlen werden, den Gesellschaftsvertrag mit allen Unterschriften der Gesellschafter in notariell beglaubigter Form bereit

zu halten, einschließlich einer zumindest notariell beglaubigten Vollmacht für den vertretungsberechtigten Geschäftsführer der GbR. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH in dem Beschwerdeverfahren zum Beschluss des OLG München oder der Gesetzgeber die teilweise vorhandene Blockade des Grundbuchs für die GbR auflöst.

Immobilienrecht / Gewerbliches Mietrecht

Sind Vertragsübertragungsklauseln in Gewerberaummietverträgen wirksam?

Eine Übertragung des Mietverhältnisses auf einen anderen Vermieter bedarf der Zustimmung des Mieters. Enthält der Mietvertrag jedoch bereits eine Regelung, die es dem Vermieter erlaubt, das Mietverhältnis auf eine andere Person zu übertragen, so ist die Mitwirkung des Mieters bei der Vertragsüberleitung nicht erforderlich. Der Vermieter kann das Mietverhältnis durch einseitige Erklärung gegenüber dem Mieter auf den Dritten übertragen.

Vertragsübertragungsklauseln können somit Diskussionen mit Mietern im Zusammenhang mit der Übertragung des

Mietverhältnisses auf einen anderen Vermieter vermeiden. Außerdem können durch eine geschickte Vertragsgestaltung Nachteile der gesetzlichen Regelung für den Wechsel des Vermieters im Falle der Eigentumsübertragung (§ 566 BGB) vermieden werden. Statt komplizierten Regelungen zum vorzeitigen Wechsel von Nutzen und Lasten könnte beispielsweise bei einem Grundstückskaufvertrag die Überleitung des Mietvertrags auf den Käufer erklärt werden.

In der Vergangenheit wurde insbesondere für formularmäßig abgeschlossene Mietverträge bezweifelt, ob Vertrags-

übertragungsklauseln überhaupt wirksam vereinbart werden können. Der Bundesgerichtshof hat in einer aktuellen Entscheidung nunmehr klargestellt, dass Vertragsübertragungsklauseln keine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellen. Nach Auffassung der Karlsruher Richter sind solche Klauseln zumindest bei geschäftserfahrenen Unternehmern nicht ungewöhnlich. Regelungen zur Vertragsüberleitung sind daher auch in formularmäßig abgeschlossenen Gewerberaummietverträgen wirksam. Etwas anderes gilt nur dann, wenn für den Mieter ein besonderes Interesse an der Person des Vermieters besteht. Hierfür müssen sich jedoch besondere Anhaltspunkte ergeben.

Maßgebliche Entscheidung: BGH, Urteil vom 9. Juni 2010, Az: XII ZR 171/08

Jochen Stockburger, Rechtsanwalt

Fazit:

Für viele Vermieter kann es sinnvoll sein, Vertragsübertragungsklauseln in Mietverträge aufzunehmen. Solche Regelungen sind auch in Formular-Mietverträgen möglich.

Erbrecht

Lebensversicherungen – „Vererben am Nachlass und Finanzamt vorbei“

Lebensversicherungen bieten neben Testamenten und Erbverträgen attraktive Gestaltungsmöglichkeiten zur Regelung der Nachfolge.

Versicherungssumme außerhalb des Nachlasses

Die Versicherungssumme fällt nicht in den Nachlass, wenn der Versicherungsnehmer sich nicht selbst, sondern eine andere Person als Begünstigten einsetzt. Unabhängig von einem Erbschein und ohne Auseinandersetzung mit den Erben kann der Begünstigte nach dem Tod des Versicherungsnehmers von der Versicherung die Auszahlung der Versicherungssumme verlangen und erhält das Geld vergleichsweise schnell.

Die Unabhängigkeit vom Nachlass bietet insbesondere auch dann einen Vorteil, wenn der Nachlass überschuldet ist. Der von der Lebensversicherung Begünstigte kann das Erbe ausschlagen und dennoch die Versicherungssumme beanspruchen. Die erhaltene Versicherungssumme muss auch nicht eingesetzt werden, um

Nachlassverbindlichkeiten zu tilgen.

Erbschaft- und Schenkungsteuerpflicht

Der Wert einer Lebensversicherung unterliegt zwar grundsätzlich der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer. Eine Steuerfreiheit kann allerdings erreicht werden, wenn ein Erbe als Versicherungsnehmer vorgesehen wird; ggf. unterliegen jedoch vom Erblasser gezahlte Beiträge der Schenkungsteuer.

Pflichtteilsrechte

Da die Lebensversicherung nicht Bestandteil des Nachlasses ist, können Kinder, Eltern oder Ehegatten des verstorbenen Versicherungsnehmers keinen Pflichtteil an der Versicherungssumme verlangen.

Allerdings kann ein so genannter Pflichtteilergänzungsanspruch bestehen: Der Erblasser soll den Nachlass nicht vor seinem Tod entwerten, indem er umfangreiche Schenkun-





gen vornimmt, denn der geringere Nachlass benachteiligt die Pflichtteilsberechtigten. Der Pflichtteilergänzungsanspruch sieht daher vor, dass die Berechtigten an der Schenkung finanziell zu beteiligen sind. Auch die Zuwendung der Lebensversicherung stellt eine solche Schenkung dar.

Um die Höhe des Pflichtteilergänzungsanspruchs zu bestimmen, sind nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. April 2010 – abweichend von der bis dahin unterschiedlichen Rechtsprechung – bei widerruflichen Kapitallebensversicherungen von nun an der Rückkaufswert der Lebensversicherung und der Veräußerungspreis auf dem Zweitmarkt heranzuziehen. Hierbei wird jeweils der Wert unmittelbar vor dem Tod des Versicherungsnehmers betrachtet.

Erfolgt eine Schenkung unmittelbar vor dem Tod, besteht der Pflichtteilergänzungsanspruch in voller Höhe, nämlich in Höhe der Hälfte des (fiktiven) gesetzlichen Erbteils an dem Rückkaufswert bzw. Veräußerungspreis. Umso länger die Schenkung zurückliegt, desto geringer fällt der Anspruch aus und reduziert sich innerhalb von zehn Jahren auf null. Dies ist ohne Relevanz bei einer widerruflichen Lebensversicherung, bei der die Schenkung ohnehin erst im Zeitpunkt des Todesfalls bewirkt wird. Bei einer unwiderruflich ausgestalteten Lebensversicherung aber wird angenommen, dass die Schenkung bereits mit der Erklärung über die Unwiderruflichkeit bewirkt wurde, so dass der Pflichtteilergänzungsanspruch mit einer frühzeitigen unwiderruflichen Lebensversicherung tatsächlich minimiert bzw. gänzlich ausgeschlossen werden kann.

Wettlauf mit den Erben

Ein wichtiger Aspekt, der bereits bei Abschluss der Lebensversicherung bedacht werden sollte, ist der mögliche Wettlauf zwischen den Erben des Versicherungsnehmers und dem in der Versicherung benannten Begünstigten. Soll eine Lebensversicherung einen Dritten begünstigen, so ist nicht nur ein Vertrag zwischen Versicherung und Versicherungsnehmer, sondern auch ein Schenkungsvertrag zwischen Versicherungsnehmer und Begünstigtem erforderlich. Häufig wird dieser Schenkungsvertrag aber zu Lebzeiten

des Versicherungsnehmers nicht abgeschlossen. Stattdessen handelt die Versicherung nach dem Tod als Bote des Versicherungsnehmers und überbringt dem Begünstigten das Angebot zum Abschluss des Schenkungsvertrags. Das Problem entsteht, wenn ein Erbe von der Lebensversicherung erfährt und die Auszahlung verhindern möchte. In dem Fall kommt es bei fehlendem Schenkungsvertrag zum Wettlauf, denn der Erbe kann das Schenkungsangebot des Versicherungsnehmers noch nach dessen Tod widerrufen. Gelingt dies dem Erben noch bevor das Schenkungsangebot den Begünstigten erreicht, erlischt das Angebot und kann infolgedessen von dem Begünstigten nicht mehr angenommen werden.

Dieser Wettlauf kann auf verschiedene Arten vermieden werden; zwei davon sind vergleichsweise einfach und effektiv: Zum einen kann der Versicherungsnehmer den Begünstigten schon zu seinen Lebzeiten über die Versicherung informieren und mit ihm den Schenkungsvertrag abschließen. Zum anderen kann der Versicherungsnehmer von vorneherein auf sein Widerrufsrecht verzichten. Der Verzicht auf das Widerrufsrecht engt den Versicherungsnehmer zwar ein, verhindert aber, dass die Erben an ein Widerrufsrecht gelangen und so nach dem Tod des Versicherungsnehmers die geplante Auszahlung der Lebensversicherung noch stoppen können.

Erich Schmid, Rechtsanwalt

Katrin Sochor, Rechtsanwältin

Fazit:

Lebensversicherungen sind in vielen Fällen eine sinnvolle Ergänzung zu letztwilligen Verfügungen und ermöglichen eine Vermögensnachfolge außerhalb des Nachlasses. Voraussetzung ist jedoch eine auf die konkreten Umstände ausgerichtete Gestaltung, damit die bestehenden Vorteile genutzt werden können und die Einsetzung des Begünstigten rechtsicher erfolgt.

Neues Recht für 1 Million Leiharbeiternehmer

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern ist für viele Unternehmen ein wichtiges Instrument, um flexibel auf Nachfragespitzen und Auftragsflauten reagieren zu können. Die Zeitarbeitsbranche erweist sich nach der Wirtschaftskrise wieder als „Jobmaschine“, die zum Abbau der Arbeitslosigkeit maßgeblich beiträgt. Fast eine Million Leiharbeiternehmer sind in Deutschland beschäftigt. Gleichzeitig bleibt Leiharbeit sozialpolitisch umstritten. Kritiker werfen Unternehmen „Lohndumping“ vor und fordern „gleichen Lohn für gleiche Arbeit“. Der Gesetzgeber reagiert. Nach einer Phase der Deregulierung unter der Regierung Schröder steht jetzt wieder eine stärkere Reglementierung der Arbeitnehmerüberlassung bevor.

Das Bundeskabinett hat einen Gesetzentwurf zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) beschlossen. Mit den geplanten Änderungen sollen noch in diesem Jahr Vorgaben der europäischen Leiharbeitsrichtlinie umgesetzt und Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung unterbunden werden. Zusätzlich haben sich Bund und Länder auf einen gesetzlichen Mindestlohn für die gesamte Zeitarbeitsbranche verständigt.

Erlaubnispflicht wird erweitert

Bislang benötigen nur Verleiher, die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig, d.h. mit Gewinnerzielungsabsicht, betreiben, eine behördliche Erlaubnis. Konzerninterne Personalführungsgesellschaften, Unternehmen der öffentlichen Hand und gemeinnützige Unternehmen, die ihr Personal auf Selbstkostenbasis stellen, können dies noch ohne Erlaubnis tun.

Nach dem Gesetzentwurf wird jede Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ eines Unternehmens erlaubnispflichtig. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht mehr an. Die Änderung betrifft insbesondere reine Personalführungsgesellschaften und Personalgestellungsmodelle der öffentlichen Hand.

Wenn ein Verleiher die erforderliche Erlaubnis nicht hat, sind seine Verträge mit Leiharbeitnehmern und Entleihern unwirksam. Ver- und Entleiher handeln ordnungswidrig. Die faktisch im Betrieb des Entleihers eingesetzten Leiharbeiternehmer werden kraft Gesetzes automatisch zu Arbeitnehmern des Entleihers.

Konzernprivileg wird eingeschränkt

Nach geltender Rechtslage sind die Regelungen des AÜG nicht anzuwenden auf Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen, wenn der Leiharbeiternehmer seine Arbeit „vorübergehend“ nicht bei seinem Vertragsarbeitgeber leistet.

Nach dem Gesetzentwurf gilt diese Privilegierung der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung nur noch dann, wenn der Arbeitnehmer „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird“. Für Arbeitnehmerüberlassung durch Personalführungsgesellschaften entfällt das Privileg.

Einsatz beim Entleiher nur noch vorübergehend möglich

Das AÜG bestimmt bislang keine zeitliche Obergrenze für die Überlassung eines Leiharbeiternehmers.

Im Gesetzentwurf heißt es nunmehr, dass die Überlassung von Arbeitnehmern nur „vorübergehend“ erfolgt. Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich um eine Klarstellung mit Rücksicht auf die Begriffsdefinitionen in der europäischen Leiharbeitsrichtlinie.

In der Praxis werden Leiharbeiternehmer nicht selten über Jahre hinweg bei einem Entleiher eingesetzt. Ob die Bundesagentur für Arbeit und die Arbeitsgerichte den Begriff „vorübergehend“ künftig enger auslegen werden, lässt sich noch nicht abschätzen. Unklar ist auch, welche Rechtsfolgen an eine nicht nur vorübergehende Überlassung geknüpft werden. Der Gesetzentwurf enthält hierzu keine ausdrückliche Regelung.

Equal-Pay-Prinzip wird ausgeweitet

Grundsätzlich hat ein Leiharbeiternehmer ab dem ersten Tag der Überlassung Anspruch auf das gleiche Arbeitsentgelt und die gleichen sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen wie vergleichbare Arbeitnehmer aus der Stammbeslegschaft des Entleihers.

Höchstrichterlich nicht entschieden ist die Frage, ob dieser Gleichstellungsgrundsatz nur für die gewerbsmäßige oder



auch die nicht gewerbsmäßige Überlassung gilt. Da es nach dem Gesetzentwurf auf diese Unterscheidung nicht mehr ankommen wird, erstreckt sich der Gleichstellungsgrundsatz auf jede Form der Arbeitnehmerüberlassung.

Vom Equal-Pay-Prinzip kann nach bisheriger Rechtslage durch tarifliche Regelungen abgewichen werden. Nach dem Gesetzentwurf bleibt diese Möglichkeit erhalten, jedoch mit folgender Einschränkung: Leiharbeiter, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem anderen Unternehmen desselben Konzerns ausgeschieden sind, haben stets einen Anspruch auf Gleichstellung. Diese Regelung ist eine Reaktion auf den „Drehtür-Effekt“ im Fall Schlecker.

Bis dato muss ein Leiharbeiter Equal-Pay vom Verleiher verlangen. Nach dem Gesetzentwurf wird der Verleiher auch ohne Verlangen des Leiharbeiters zur Gleichstellung verpflichtet. Ein Verstoß gegen diese Pflicht kann künftig als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu 25.000 Euro geahndet werden.

Entleiher muss Leiharbeiter über freie Arbeitsplätze informieren

Künftig müssen Entleiher die Leiharbeiter über Arbeitsplätze, die im Unternehmen besetzt werden sollen, informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeiter zugänglicher Stelle im Betrieb des Entleihers erfolgen, z.B. am

Schwarzen Brett. Eine Verletzung dieser Informationspflicht kann als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße geahndet werden.

Entleiher muss Leiharbeitern Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten gewähren

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass der Entleiher einem Leiharbeiter Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten im Unternehmen zu den gleichen Bedingungen gewähren muss wie vergleichbaren Mitarbeitern der Stammbesetzung. Hier kann es z.B. um Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Transportdienste gehen. Verletzt der Entleiher diese Pflicht, handelt er ordnungswidrig.

Gesetzlicher Mindestlohn

Bund und Länder haben sich bei der Suche nach einem Kompromiss über die Anhebung der Hartz-IV-Sätze darauf verständigt, im AÜG einen Mindestlohn für die gesamte Zeitarbeitsbranche zu regeln. Basis soll der jeweilige tarifliche Mindestlohn sein. Das sind derzeit 7,59 Euro in den alten und 6,65 Euro in den neuen Bundesländern. Der Mindestlohn soll bereits am 1. Mai 2011 in Kraft treten und vor Dumpinglöhnen für Leiharbeiter aus Ost- und Mitteleuropa schützen, die ab 1. Mai 2011 Freizügigkeit genießen.

Ralf-Dietrich Tiesler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Fazit:

Noch in diesem Jahr ist mit einer Reform des AÜG zu rechnen. Konzernverbundene, öffentliche und gemeinnützige Unternehmen, die Arbeitnehmerüberlassung nicht gewerbsmäßig, sondern auf Selbstkostenbasis betreiben, benötigen künftig eine Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit. Das Equal-Pay-Prinzip wird gestärkt. Entleiher müssen über offene Stellen informie-

ren und Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste für Leiharbeiter öffnen. Unklar ist, wann der Einsatz eines Leiharbeiters von einer vorübergehenden in eine dauerhafte Überlassung umschlägt und welche Rechtsfolgen daraus entstehen. Ein gesetzlicher Mindestlohn soll vor Lohndumping infolge der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Ost- und Mitteleuropäer schützen.

Die neuen Incoterms 2010

Seit dem 1. Januar 2011 sind die neuen Incoterms 2010 (International Commercial Terms) der Internationalen Handelskammer gültig. Die Incoterms sind als internationale Lieferbedingungen häufig Bestandteil von Lieferverträgen. Neue Entwicklungen bei der Abwicklung von Lieferverträgen machten die Überarbeitung der Incoterms 2000 erforderlich. Die Incoterms 2010 können bei der Internationalen Handelskammer in Paris käuflich (auch per Internet) erworben werden.

Allgemeines

Bei den Incoterms 2010 handelt es sich um elf Handelsklauseln, die den Vertragsparteien eine standardisierte Abwicklung von internationalen wie nationalen Lieferverträgen ermöglichen. Für jede Klausel steht ein Kürzel mit drei Buchstaben. Jede Klausel stellt ein in sich geschlossenes System mit zehn Pflichten für den Verkäufer und Käufer dar. Im Wesentlichen regeln die Klauseln, welche Vertragspartei für welche Wegstrecke die Transportkosten und das Transportrisiko zu tragen hat. Die Klauseln regeln außerdem, welche Vertragspartei die Waren- und Transportdokumente zu beschaffen oder die Ware zu versichern hat. Die Incoterms 2010 enthalten dagegen keine Regelung zu den Zahlungsbedingungen, dem Eigentumsübergang oder dem Gerichtsstand. Deswegen kann auf einen Liefervertrag nicht verzichtet werden.

Die Incoterms 2010 wurden im Wesentlichen überarbeitet, weil sie nicht mehr zeitgemäß waren. Beispielsweise war die elektronische Kommunikation bei Einführung der Incoterms 2000 noch so unbedeutend, dass die Dokumente, die elektronisch übermittelt werden durften, explizit genannt wurden. Einschneidende Änderungen sind mit den Incoterms 2010 jedoch nicht verbunden.

Wesentliche Neuerungen

Die Incoterms 2010 sehen nur noch elf Klauseln vor anstatt wie bislang dreizehn. Die Klauseln DAF, DES, DEQ und DDU wurden gestrichen, weil sie sich in der Praxis nicht international durchgesetzt haben. Dafür wurden die Klauseln DAP und DAT eingeführt.

Auch die Gliederung der Incoterms 2010 wurde geändert. Die Incoterms 2010 kennen zwar weiterhin E-, F-, C- und

D-Klauseln, wobei die Pflichten des Verkäufers wie bislang von der E- über die F- und C- bis zu den D-Klauseln zunehmen, während sich die Pflichten des Käufers entsprechend reduzieren. Die Klauseln werden jedoch nicht mehr als E-, F-, C- und D-Gruppen zusammengefasst, sondern in Transportgruppen eingeteilt. Die erste Gruppe besteht aus Klauseln, die sich für alle Transportarten eignen, also sowohl für den Luft-, Land- und Seeverkehr als auch für den multimodalen Verkehr. Dies sind die Klauseln EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP. Die zweite Gruppe bilden Klauseln, die ausschließlich auf den See- und Binnenschiffstransport anwendbar sind. Dies sind die Klauseln FAS, FOB, CFR, CIF.

Bei den Klauseln FOB, CFR und CIF wurde der Gefahrübergang neu geregelt. Während bisher die Gefahr an der Schiffsreling auf den Käufer überging, findet nun der Gefahrübergang statt, wenn die Ware an Bord des Schiffs abgesetzt wird.

Außerdem wurde die elektronische Kommunikation der Papierform gleichgestellt, sofern die Vertragsparteien dies vereinbart haben oder dies handelsüblich ist. In diesen Fällen dürfen auch elektronische Dokumente verwendet werden.

Empfehlung

Die Vertragsparteien sollten sich die Vorteile der Incoterms 2010 zu Nutze machen. Die Vorteile bestehen darin, dass die Vertragsparteien auf eine eigene Formulierung ihrer Rechte und Pflichten verzichten können, soweit die Incoterms 2010 Regelungen enthalten. Außerdem erkennen die Gerichte und Behörden die Incoterms 2010 weltweit an und legen sie einheitlich aus, was zu einem Mehr an Rechtssicherheit führt.

Die Vertragsparteien müssen die Geltung einer der elf Handelsklauseln vereinbaren, da die Incoterms 2010 nicht von Gesetzes wegen gelten. Außerdem sollte die jeweilige Fassung der Klausel angegeben werden, da die Incoterms 2000 auch nach der Einführung der Incoterms 2010 weiterhin vereinbart werden können (also „EXW Incoterms 2010“ statt „EXW Incoterms“). Ferner sollte der bei der jeweiligen Klausel relevante Ort oder Hafen so genau wie möglich angegeben werden (also „FCA Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Deutsch-

land Incoterms 2010“). Altverträge, die die Incoterms 2000 einbeziehen, müssen nicht umgestellt werden

Carolin Schosser, Rechtsanwältin

Fazit:

Mit den Incoterms 2010 steht Verkäufern und Käufern ein Klauselwerk zur Verfügung, mit dem sie die Abwicklung von Lieferbeziehungen standardisieren und Rechtssicherheit schaffen können. Wichtig ist, dass die

Vertragsparteien die Fassung der Klausel sowie den für die jeweilige Klausel maßgeblichen Ort oder Hafen präzise angeben. Ein Liefervertrag wird durch die Vereinbarung der Incoterms 2010 nicht entbehrlich.

Privates Baurecht / Architektenrecht

Verlust von Mängelrechten – Vorsicht bei Vereinbarungen über Nachbesserungsmaßnahmen

Bauherren können durch Vereinbarungen über bauliche Nachbesserungsmaßnahmen mit Bauunternehmern unter Umständen Rechte aus der Hand geben.

In einem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall beauftragte ein Bauherr einen Unternehmer mit der Errichtung einer Gewerbehalle. Die Leistungsbeschreibung forderte die Verstärkung der Bodenplatte mit Stahl (sog. Bewehrung). Der Bauunternehmer führte die Bodenplatte ohne Bewehrung aus. Daraufhin kam es noch vor Bezug der Halle zu Rissen in der Betonplatte. Das vom Bauherrn mit der Begutachtung beauftragte Ingenieurbüro ermittelte Kosten für die Neuherstellung der Bodenplatte in Höhe von 90.000 Euro. Das Ingenieurbüro schlug alternativ vor, die Risse zu verdübeln und zu verpressen. Nach Rücksprache mit dem Bauunternehmer erklärte sich der Bauherr mit dieser Mangelbeseitigung ohne Abriss der Bodenplatte einverstanden. Nachdem die Maßnahme durchgeführt, die Halle fertig gestellt und in Benutzung genommen worden war, stellte sich heraus, dass eine Bodenplatte mit Bewehrung notwendig gewesen wäre. Der Bauherr tausch-

te die vorhandene Bodenplatte gegen eine mit Bewehrung aus und verlangte vom Bauunternehmer die erforderlichen Kosten in Höhe von über 600.000 Euro zuzüglich des weiteren Schadens, der ihm dadurch entstanden war, dass er die Halle während der Renovierung nicht benutzen konnte.

Nach Ansicht des BGH kann der Bauherr die Kosten für den Austausch der Bodenplatte grundsätzlich vom Bauunternehmer ersetzt verlangen, wenn dieser die Bodenplatte nicht wie vertraglich gefordert mit Bewehrung ausgeführt hat. Im konkreten Fall hatte sich der Bauherr allerdings mit dem Unternehmer auf eine einvernehmliche Sanierung der Bodenplatte durch Verpressen und Verdübeln der Risse geeinigt. Das Gericht hält es unter diesen Umständen für nahe liegend, dass der Bauherr auf weitere Rechte, nämlich den vollständigen Austausch der Bodenplatte, verzichtet hat. Jedenfalls verhalte sich der Bauherr widersprüchlich, wenn er im Nachhinein doch den Austausch der Bodenplatte beziehungsweise die hierfür erforderlichen Kosten verlange. Dieses Verhalten



hindere den Bauherrn, beim Bauunternehmer den vollen Ersatz der Kosten geltend machen zu können. Außerdem müsse sich der Bauherr anrechnen lassen, dass er sich erst nach Bezug der Halle für den Austausch der Boden-

platte entschieden habe, wodurch die Renovierungskosten erheblich gestiegen sind.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 4. August 2010, Az: VII ZR 207/08

Ulrich Eix, Rechtsanwalt

Fazit:

Bauherren sollten sich gut überlegen, ob eine einvernehmliche Sanierung sinnvoll ist, wenn diese nicht alle möglichen Maßnahmen umfasst. Zwar ermöglicht eine derartige Vereinbarung schnell weiter bauen zu können, das Verhältnis zwischen den Beteiligten nicht übermäßig zu strapazieren und kurzfristig eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden. Allerdings kann es

dem Bauherrn im Nachhinein verwehrt sein, über den Kompromiss hinausgehende, weitere Maßnahmen vom Bauunternehmer zu verlangen. Der Bauherr sollte dem Bauunternehmer bei einer einvernehmlichen Sanierung jedenfalls deutlich machen, dass damit kein Verzicht auf weitergehende Mängelansprüche verbunden ist.

Privates Baurecht / Architektenrecht

Planung von Photovoltaikanlagen – Vergütungspflicht nach den Grundsätzen der HOAI?

Ein Bauherr kann Planungsleistungen eines beauftragten Architekten oder Ingenieurs im Zusammenhang mit der Errichtung von Photovoltaikanlagen (PV-Anlagen) frei vergüten. Insbesondere müssen die Vertragsparteien die Regelungen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nicht beachten. Einzige Voraussetzung ist, dass die Anlage das allgemeine Stromnetz speist.

ist nicht erkennbar, dass der für die HOAI zuständige Verordnungsgeber die genannten Leistungen von der HOAI erfasst sehen wollte. Daher ist eine Vergütungsvereinbarung möglich, welche die durch die HOAI vorgesehenen Mindesthonorare unterschreitet.

Ulrich Eix, Rechtsanwalt

Die HOAI enthält zwingendes Preisrecht für die Leistungen von Architekten und Ingenieuren. Insbesondere können die Vertragsparteien nicht durch vertragliche Regelungen die Mindesthonorare umgehen, die die Honorarordnung vorschreibt.

Bei Anlagen, die der Speisung eines bestimmten Gebäudes oder einer bestimmten Anlage dienen, steht die Anwendbarkeit der HOAI außer Zweifel. Es handelt sich um Anlagen der technischen Ausrüstung. Anders verhält es sich bei Anlagen, die das allgemeine Stromnetz speisen. Für Anlagen dieser Nutzungsart enthält die HOAI überraschenderweise keine passende Regelung. Auch

Fazit:

Die mit der Planung einer PV-Anlage befassten Vertragsparteien können die Vergütung der Leistungen frei wählen, wenn die PV-Anlage für die Speisung des allgemeinen Stromnetzes bestimmt ist. Insbesondere muss der Bauherr nicht fürchten, dass der Planer im Nachhinein das Mindesthonorar nach den Grundsätzen der HOAI geltend macht. Die „Väter“ der HOAI 2009 haben es insofern versäumt, eine Klarstellung in den Verordnungstext aufzunehmen.

Signal auf grün auch im zweiten Rechtszug: Oberlandesgericht Stuttgart gewährt Stuttgart 21 urheberrechtlich freie Fahrt

Nach seinem Zwischenstopp beim Oberlandesgericht Stuttgart kann das Infrastrukturprojekt Stuttgart 21 seine beschwerliche Reise durch das deutsche Urheberrecht unbeeinträchtigt fortsetzen – und zwar in dieselbe Richtung: Die zweite Instanz hat zwischenzeitlich das Urteil des Landgerichts Stuttgart bestätigt, mit dem die urheberrechtliche Klage des Architekten-Enkels Peter Dübbers gegen den Teilabriss des Stuttgarter Hauptbahnhofs abgewiesen worden war (vgl. Mandanteninformation Juli 2010, Seite 13 f.). Denn auch aus Sicht des Oberlandesgerichts überwog im Ergebnis das Änderungsinteresse der Deutschen Bahn gegenüber dem Erhaltungsinteresse des Architekten Paul Bonatz († 20.12.1956), das noch für 70 Jahre nach dessen Tod – d.h. bis Ende 2026 – urheberrechtlichen Schutz genießt.

Dieses Erhaltungsinteresse stufte das Gericht zwar durchaus als hoch ein, da einerseits die Architektur des Bahnhofsgebäudes eine „überragende Schöpfungshöhe“ und andererseits der geplante Teilabriss eine hohe Eingriffsintensität aufwies. Allerdings werde es dadurch relativiert, dass der 70-jährige Schutzzeitraum nach Tod des Urhebers zwischenzeitlich bereits zu mehr als drei Vierteln abgelaufen sei. Zu Gunsten des Änderungsinteresses der Deutschen Bahn falle demgegenüber entscheidend ins Gewicht, dass es sich bei dem Bahnhof um einen Zweckbau handele. Sein Teilabriss sei zur Umsetzung der – urheberrechtlich allein maßgeblichen – konkreten Planung aus bautechnischen, insbesondere statischen Gründen zwingend notwendig. Nur hierdurch könnten daher das Interesse und die öffentliche Pflicht der Deutschen Bahn erfüllt werden, der Allgemeinheit eine moderne Verkehrsinfrastruktur zur Verfügung zu stellen. Den Regelungen des ursprünglichen Architektenvertrages hat das Oberlandesgericht Stuttgart hingegen – anders als noch das Landgericht – für die Interessenabwägung ebenso wenig Bedeutung zugemessen wie städtebaulichen Belangen. Ausdrücklich offen gelassen hat es die Frage, ob bereits der

existierende Planfeststellungsbeschluss aus dem Jahr 2005 den geltend gemachten urheberrechtlichen Ansprüchen entgegensteht.

Abgesehen von ihrer Bedeutung für die weitere Umsetzung des Projekts Stuttgart 21 liegt der urheberrechtliche Neuheitswert dieser Entscheidung vor allem in zweierlei:

Zum einen hat sich das Oberlandesgericht Stuttgart zu der höchstrichterlich bislang nicht geklärten Frage geäußert, inwieweit öffentliche Belange und Allgemeininteressen in die urheberrechtlich gebotene Interessenabwägung einfließen dürfen bzw. müssen. Es hat sie dahin beantwortet, dass dies nur hinsichtlich solcher Interessen der Fall sei, zu deren Berücksichtigung einer der Beteiligten gesetzlich verpflichtet ist. Dies hat das Gericht hinsichtlich städtebaulicher Belange verneint, hinsichtlich der – aus dem Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) folgenden – Pflicht der Deutschen Bahn, eine moderne und funktionsfähige Verkehrsinfrastruktur zu schaffen, hingegen bejaht.

Zum anderen geht das Gericht offensichtlich ganz generell von einer Abschwächung des Urheberrechts mit zunehmendem Ablauf seiner Schutzdauer aus. Auch dies hatte der Bundesgerichtshof in solcher Allgemeinheit bislang nicht ausgesprochen.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Hiergegen hat der klagende Architekten-Erbe mittlerweile Beschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt. Nachdem derartige Beschwerden allerdings lediglich in ca. 10 bis 20% der Fälle Erfolg haben, ist nicht zu erwarten, dass sich das urheberrechtliche Schicksal von Stuttgart 21 nochmals wendet.

Dr. Matthias Schröder, Rechtsanwalt

Fazit:

Auch das Oberlandesgericht Stuttgart hat sich für das Projekt Stuttgart 21 im Hinblick auf seine urheberrechtliche Zulässigkeit als Durchgangsbahnhof und nicht als Sackbahnhof erwiesen. Über die im Einzelfall getroffene Wertungsentscheidung hinaus hat sein Urteil

urheberrechtlich vor allem Bedeutung für den Umfang der Berücksichtigungsfähigkeit öffentlicher Interessen in derartigen Fällen sowie für die Frage der automatischen Abschwächung des Urheberrechts nach dem Tod des Urhebers durch schlichten Zeitablauf.

Ist der Kauf von Gebrauchtssoftware legal? Bundesrichter scheuen eine Entscheidung

Die Fachwelt schaute am 3. Februar 2011 gespannt nach Karlsruhe. In einem als Musterprozess geltenden Verfahren zwischen dem Softwarehersteller Oracle und dem Gebrauchtssoftwarehändler UsedSoft stand die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Zulässigkeit des Erwerbs von gebrauchten Softwarelizenzen an. Auf beiden Seiten hoffte man nach jahrelangem Streit auf ein klärendes und vor allem abschließendes Wort der Bundesrichter. Doch zur Überraschung aller kam es nicht zu dem erwarteten Urteil. Stattdessen setzte der BGH das Verfahren aus und legte die aus seiner Sicht Streit entscheidenden Fragen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg zur Beantwortung vor.

Im Mittelpunkt steht die Frage nach der Anwendbarkeit und der Reichweite des im deutschen Urheberrecht verankerten Erschöpfungsgrundsatzes auf die Verbreitung von (gebrauchten) Softwarelizenzen. Das Verbreitungsrecht für Software liegt zunächst unstreitig beim Softwarehersteller. Er soll durch den Verkauf von Lizenzen eine angemessene Vergütung für seine Wertschöpfungsleistung erhalten. Hat der Hersteller sein Verbreitungsrecht für ein Stück Software allerdings einmal ausgeübt, so hat sich sein Verbreitungsrecht für das betreffende Stück erschöpft. Es ist damit, wie beispielsweise ein gebrauchtes Taschenbuch, zur Weiterveräußerung frei. Diese Regel gilt uneingeschränkt für Software, die pro Lizenz auf einem eigenen Datenträger ausgeliefert wird.

Streitig ist jedoch, ob der Erschöpfungsgrundsatz auch bei der Weiterveräußerung von Softwarelizenzen gilt, die nicht an einen jeweiligen Datenträger gebunden sind. Darunter fallen insbesondere Volumenlizenzen, bei denen vom Käufer zwar viele Lizenzen, aber nur ein Datenträger erworben werden. Bei Downloadsoftware fehlt es sogar komplett an einem gelieferten Originaldatenträger.

Grundlage des Softwareschutzes im deutschen Urheberrecht ist die in 2009 grundlegend überarbeitete Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen der Europäischen Union (Softwareschutz-RL) aus

2009. Der EuGH muss deshalb europaweit klären, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen derjenige, der eine „gebrauchte“ Softwarelizenz erworben hat, als „rechtmäßiger Erwerber“ des entsprechenden Computerprogramms anzusehen ist, wenn keine oder nur eine spätere Verkörperung des Programms auf einem Datenträger erfolgt. Denn nach Art. 5 Abs. 1 der Softwareschutz-RL bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms – solange nichts anderes vereinbart ist – dann nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist.

Abschließend stellt sich für den BGH noch die Frage, ob sich das Verbreitungsrecht des Softwareherstellers erschöpft, wenn ein Computerprogramm mit seiner Zustimmung im Wege der Online-Übermittlung in Verkehr gebracht worden ist.

Die Antworten aus Luxemburg werden die gesamte Softwarebranche aufhorchen lassen. Je nach Ergebnis kann Gebrauchtssoftware zur ersten Wahl der Unternehmen werden oder auch zum echten Ladenhüter.

Dr. Torsten G. Lörcher, Rechtsanwalt
Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Fazit:

Die Rechtsunsicherheit beim Erwerb von gebrauchter Software, insbesondere von Volumen- oder Downloadlizenzen hält an. Mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist frühestens im nächsten Jahr zu rechnen. Deshalb sollten Unternehmen vor Kauf von gebrauchter Software genau prüfen, welche Art von Lizenzen ihnen angeboten wird und wie eine Nutzung solcher Gebrauchtssoftware rechtssicher erfolgen kann. Damit vermeiden diese das nicht unerhebliche Risiko, später vom Softwarehersteller in Anspruch genommen zu werden.

Keine Chance im Vergabeverfahren nach Umstrukturierung oder Unternehmenskauf?

Unternehmen droht durch Umstrukturierungen oder einen Unternehmenskauf der Verlust wichtiger Referenzprojekte für die Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen. Nur in Ausnahmefällen können sich Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf Referenzen anderer Unternehmen berufen. Auch Referenzen von Vorgängerunternehmen können nur bei Vorliegen weitgehender Identität der handelnden Personen zum Nachweis der Eignung herangezogen werden. Dies folgt aus zwei aktuellen Entscheidungen des OLG Koblenz und des OLG Frankfurt am Main.

Die Entscheidungen betreffen eine für Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, wesentliche Frage. Denn zur Feststellung, ob Unternehmen zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung geeignet sind, fordern öffentliche Auftraggeber regelmäßig Nachweise von den Bietern ab. Einer der gängigsten und wichtigsten Nachweise sind Referenzen, also Nachweise über die Erbringung vergleichbarer Aufträge in der Vergangenheit. Können geforderte Referenzen nicht vorgelegt werden, so kann sich ein Unternehmen nicht erfolgreich an einem Vergabeverfahren

beteiligen. Es muss aus dem Verfahren ausgeschlossen werden. Konkurrierende Unternehmen können ferner eine Auftragserteilung verhindern.

Diese Rechtsprechung wurde nun auch für den Rückgriff auf Referenzen von Vorgänger- oder konzernverbundenen Unternehmen bekräftigt. Nach Auffassung des OLG Frankfurt sowie des OLG Koblenz kommt auch in diesen Fällen ein Rückgriff auf Referenzen eines anderen Unternehmens nur dann in Betracht, soweit dessen Aufträge dem Bieter zugerechnet werden können. Dies sei nur dann der Fall, wenn hinsichtlich der Mitarbeiter beider Unternehmen weitgehende Personenidentität besteht. Zudem müssen Bieter nach Auffassung der Gerichte schon bei Angabe der Referenzen auf diese besondere Situation hinweisen.

Maßgebliche Entscheidungen: OLG Koblenz, Beschluss vom 4. Oktober 2010, AZ: 1 Verg 9/10 und OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 9. Juli 2010, AZ: 11 Verg 5/10.

Dr. Karsten Kayser, Rechtsanwalt

Fazit:

Die Entscheidungen beschränken die Möglichkeit von Unternehmen, sich auf Referenzen von Vorgängerunternehmen zu berufen, deutlich. Unternehmen, die sich häufig an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, müssen diese Konsequenz bei geplanten Umstrukturierungen oder Reorganisationen nach Unternehmenskäufen

berücksichtigen. Kommt ein Rückgriff auf frühere Referenzen beispielsweise deshalb nicht mehr in Betracht, weil Referenzen einem anderen Konzernunternehmen zuzurechnen sind, sind Strategien zu entwickeln, die die hieraus resultierenden Risiken minimieren. Denkbar ist etwa die Bildung von Bietergemeinschaften.

Änderung des Leistungsumfangs nach Submission möglich – Bieter dürfen Preise anpassen

Öffentliche Auftraggeber dürfen auch nach Öffnung der Angebote (Submission) eine Anpassung des Leistungsumfangs vornehmen. Allerdings ist den Bietern Gelegenheit zu geben, ihre Angebote entsprechend zu ändern. Anson-

sten verstößt der Auftraggeber nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 5. Januar 2011 gegen das in der VOB/A geregelte Gebot, den Bietern eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen. Der Vergabesenat un-



terstreicht hiermit die Bedeutung der dem Auftraggeber obliegenden Pflicht zur eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung.

Gegenstand der Entscheidung

Der Auftraggeber schrieb Verkehrssicherungsarbeiten an einer Bundesautobahn europaweit gemäß VOB/A aus. Nach Öffnung der Angebote, die bei Bauvergaben in Anwesenheit der Bieter stattfindet, reduzierte der Auftraggeber den Umfang der ausgeschriebenen Leistungen. Der Zuschlag wurde dennoch auf das unverändert gebliebene Angebot des Bestbieters erteilt. In ihrem Nachprüfungsantrag machte die Antragstellerin geltend, dass sich durch die Reduzierung der ausgeschriebenen Leistungen die Kalkulationsgrundlagen für die Ausschreibung erheblich verändert haben. Die Bieter hätten Gelegenheit erhalten müssen, auf die Veränderung des Leistungsumfangs durch Überarbeitung ihrer Angebote zu reagieren.

Inhalt der Entscheidung

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist den Bietern in jeder Lage des Verfahrens Gelegenheit zu geben, auf eine Änderung des Leistungsumfangs zu reagieren. Stellt der Auftraggeber – auch noch nach Submission – fest, dass sich der Beschaffungsbedarf verändert hat, so müssen die Bieter auf Basis des angepassten Leistungsverzeichnisses ihre Angebote neu kalkulieren können. Die geforderte Leistung ist nach den Vorgaben der VOB/A eindeutig und erschöpfend so zu beschreiben, dass alle Bewerber

die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen und ihre Preise sicher berechnen können. Außerdem sind sämtliche die Preisermittlung beeinflussenden Umstände vom Auftraggeber festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben.

Einer Wiederholung der Angebotsabgabe steht auch eine für den Auftraggeber theoretisch bestehende Manipulationsmöglichkeit nicht entgegen. Zwar sei ein transparenter Wettbewerb nicht mit einer im Belieben des Auftraggebers stehenden Wiederholung der Angebotsabgabe nach Submission zu vereinbaren. Ob eine Änderung des Leistungsumfangs auf willkürlichen und sachfremden Erwägungen beruht, könne jedoch von den Vergabenachprüfungsinstanzen uneingeschränkt kontrolliert werden.

Dr. Martin Ott, Rechtsanwalt

Fazit:

Ergeben sich im Rahmen eines Vergabeverfahrens Änderungen im Leistungsumfang, muss den beteiligten Bietern stets die Möglichkeit gegeben werden, ihre Angebote anzupassen. Dem OLG Düsseldorf zufolge gilt dies auch für Änderungen, die erst nach Submission eintreten. Ermöglicht der Auftraggeber eine solche Anpassung nicht, sollten Unternehmen dies zur Wahrung ihrer Rechte schnellstmöglich förmlich rügen.

Kartellrecht

Zulässige Preisempfehlung und verbotene Preisbindung – ein schmaler Grat

Hersteller dürfen ihren Vertriebspartnern keine Preise für den Weiterverkauf ihrer Produkte vorgeben. Soweit sie dennoch versuchen, auf Wiederverkaufspreise Einfluss zu

nehmen, riskieren sie ein Einschreiten der Kartellbehörden und Geldbußen in Millionenhöhe.

Im Zeitalter des weltweiten Wettbewerbs sind viele Händler bei ihrer Preisgestaltung flexibler geworden. Insbesondere Markenhersteller betrachten diesen Preiswettbewerb mit Sorge. Sie befürchten eine „Verramschung“ ihrer Produkte und eine Gefährdung des sorgsam aufgebauten Images. Deshalb ist die Versuchung der Hersteller groß, auf die Gestaltung der Verkaufspreise ihrer Vertriebspartner Einfluss zu nehmen. Das Bundeskartellamt sieht das mit Argwohn und reagierte in der Vergangenheit mit teils hohen Bußgeldern:

So hatte der Kontaktlinsenhersteller Ciba Vision eine besondere Abteilung eingerichtet, um die Preise zu beobachten und einzelne Händler bei Bedarf anzusprechen. Das Bundeskartellamt bewertete die Kontaktaufnahme als unzulässige Druckausübung und verhängte eine Geldbuße von 11 Mio. Euro. Ausschlaggebend hierfür war, dass viele Händler ihre Preise nach solchen Gesprächen tatsächlich wieder erhöhten.

Der Hörgerätehersteller Phonak stellte die Belieferung eines Vertriebspartners mehrfach ein, weil dieser die unverbindliche Preisempfehlung (UVP) deutlich unterschritten hatte. Das Bundeskartellamt erkannte auch darin eine unzulässige Einflussnahme und verhängte eine Geldbuße von 4,2 Mio. Euro.

So eindeutig diese Beispiele erscheinen mögen, die Grenzen zwischen erlaubter Preisempfehlung und verbotener Preisbindung sind fließend. Für Hersteller ist es deshalb riskant, auf die Preisfindung ihrer Händler Einfluss zu nehmen. Eine gewisse Leitlinie bietet ein Schreiben des Bundeskartellamts vom April 2010 für den Bereich des Lebensmittel Einzelhandels. Darin werden verschiedene zulässige und unzulässige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit

UVP und der möglichen Einflussnahme auf Weiterverkaufspreise detailliert beschrieben. Zulässig sind danach die Übergabe von Preislisten mit UVP sowie allgemeine Erläuterungen des Herstellers zu diesen Empfehlungen und seiner Vermarktungsstrategie. Dagegen kann schon jede weitere Kommunikation oder Kontaktaufnahme, in der es um die Verkaufspreise des Händlers geht, bereits als verbotene Vereinbarung oder Ausübung von Druck gesehen werden. Ob eine bestimmte Maßnahme rechtlich zulässig ist oder nicht, lässt sich aber nicht immer klar abgrenzen. So können einzelne Maßnahmen zwar für sich genommen zulässig sein, aber in der Gesamtschau dennoch ein Indiz für ein verbotenes Verhalten darstellen. Maßgeblich sind immer Zweck oder Wirkung der jeweiligen Verhaltensweise. Zum Beispiel kann der Aufdruck von UVP auf Produkten des Herstellers zulässig sein, wenn der Händler hiervon ohne zusätzlichen Aufwand abweichen kann. Im Rahmen einer Gesamtschau sämtlicher Umstände kann ein solcher Aufdruck im Einzelfall aber auch verboten sein.

Dr. Stefan Meißner, Rechtsanwalt

Fazit:

Die Grenze zwischen zulässiger Bereitstellung von UVP und verbotener Vorgabe von Wiederverkaufspreisen ist in vielen Fällen fließend. Hersteller sind gut beraten, sich aus der Preisgestaltung ihrer Vertriebspartner möglichst herauszuhalten. Sie riskieren sonst hohe Bußgelder. Welche Maßnahmen neben der Herausgabe von Preislisten zulässig sind, ist im jeweiligen Fall individuell auszuloten.

Impressum

Verleger: Menold Bezler Rechtsanwälte Partnerschaft, Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00, Telefax +49 711 86040-01 kontakt@menoldbezler.de **V. i. S. d. P.:** Dr. Axel Klumpp, Dr. Christoph Winkler, Menold Bezler Rechtsanwälte Partnerschaft, axel.klumpp@menoldbezler.de christoph.winkler@menoldbezler.de **Redaktion:** Dr. Axel Klumpp, Dr. Christoph Winkler **Gestaltung und Produktion:** Team by Krämer Eckl, www.tbke.de

In den einzelnen Beiträgen können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall die individuelle Rechtsberatung. Sollten Sie Beratungs- oder Handlungsbedarf erkennen, sprechen Sie bitte den Ihnen vertrauten Anwalt bei Menold Bezler an. Für Fragen, Anregungen und Kritik zu dieser Mandanteninformation haben wir jederzeit ein offenes Ohr.

Menold Bezler Rechtsanwälte, Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00, kontakt@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de