

Elsa-Brändström-Str. 1 u. 3  
33602 Bielefeld  
Tel.: (0521) 96535-0  
Fax: (0521) 96535-99  
E-Mail: Bielefeld@bdphg.de

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

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

Alte Brauerei 1-3  
33098 Paderborn  
Tel.: (05251) 7735-0  
Fax: (05251) 7735-99  
E-Mail: Paderborn@bdphg.de

Stresemannstr. 99  
10963 Berlin  
Tel.: (030) 254496-0  
Fax: (030) 254496-50  
E-Mail: Berlin@bdphg.de

Ferdinand-Lassalle-Str. 2  
04109 Leipzig  
Tel.: (0341) 2118350  
Fax: (0341) 2118352  
E-Mail: BDPHGLEipzig@aol.com

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

Internet: [www.bdphg.de](http://www.bdphg.de)

## **NEUE RECHTSENTWICKLUNGEN**

11. Jahrgang Nr. 1

Juli 2003

### **INHALTSVERZEICHNIS**

Anpassungsbedarf bei Verträgen mit Wertsicherungsklauseln	1
VOB/B 2002 in Kraft getreten	1
Bauvertragsrecht: Neue Obergrenze für nicht ausgehandelte formularmäßige Vertragsstrafen	3
Bauhandwerkersicherungshypothek: Geltung auch gegenüber dem Grundstückseigentümer, der nicht identisch mit dem Auftraggeber ist	4
BGH: Kündigungsfrist von Mietverträgen, die vor der Mietrechtsreform im Jahr 2001 abgeschlossen wurden	4
Vorsicht bei Dienstverträgen von GmbH-Geschäftsführern	6
Arbeitsrecht: Kein Betriebsübergang für Geschäftsführer	6
Arbeitsrecht: Verlängerung der Probezeit möglich?	7
Noch einmal: Betriebsbedingte Kündigungen von Arbeitnehmern in der Altersteilzeit	8
Einengung des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes durch den BGH	9
Reform des Geschmacksmusterrechts	10
Werbung mit „umgekehrter Versteigerung“ nicht mehr wettbewerbswidrig	10
Nochmals: Vergleichende Werbung	11
EuGH zur Markenfähigkeit von Riechzeichen	12
Nachbarliche Abwehransprüche gegen den Betrieb von Industrieanlagen	13
Produktrückruf und Aufbau eines firmeninternen Krisenmanagements	14

Default argentinischer Staatsanleihen

15

„Wir über uns“

16

---

Die in den folgenden Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und wollen eine anwaltliche Einzelberatung nicht ersetzen. Sie sollten vielmehr als Denkanstöße und Problemorientierungen verstanden werden.

---

## **Anpassungsbedarf bei Verträgen mit Wertsicherungsklauseln**

Ergänzung zu Mandantenrundbrief März 2002, Seite 6:

Zu Beginn des Jahres 2003 ist der Preisindex für die Lebenshaltung auf das neue Basisjahr 2000 umgestellt worden. Zugleich mit dieser Umstellung steht für Deutschland seither nur noch der Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte mit seiner neuen Bezeichnung „Verbraucherpreisindex für Deutschland“ zur Verfügung. Das bedeutet, daß die bisher erstellten acht Indizes der Lebenshaltung, und zwar die vier für das frühere Bundesgebiet und die vier für die neuen Bundesländer, nämlich der Preisindex für die Lebenshaltung

?? aller die privaten Haushalte,

?? von 4-Personen-Haushalten von Beamten und Angestellten mit höherem Einkommen,

?? von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen  
und

?? von 2 Personen-Rentnerhaushalte mit geringem Einkommen

ist entfallen Für diese Indizes stehen seit Anfang 2003 keine Zahlen mehr zur Verfügung

Ist in einem Vertrag der Index aller privater Haushalte Deutschlands als Wertmesser benannt worden, ist der Übergang auf den Index der Basis 2000 problemlos. Schwierigkeiten gibt es jedoch, wenn einer der anderen vorbenannten Indizes der vereinbarten Wertsicherungsklausel zugrunde liegt. Um in diesen Fällen Mißverständnisse, Fragen der Auslegung und rechtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden, wird folgendes empfohlen:

1. In einer Vertragsanpassung sollte geregelt werden, daß der Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte Deutschlands als Index für künftige Anpassungen seit der letzten zwischen den Parteien maßgeblichen Anpassung der Geldforderung verbindlich sein soll.

2. Sofern der bisherige Vertrag vorsieht, daß eine Anpassung der Zahlungen entsprechend den Punkte-Veränderungen des Lebenshaltungskosten-Index erfolgen soll, so empfiehlt sich, auch diese Regelung zu ändern und eine Anpassung nach den Veränderungen des Index in Prozenten zu regeln. Denn bei einer Anpassung nach Punkte-Veränderung, hängt die Anpassung des Geldbetrages von der Wahl des Basisjahres ab. Die Vereinbarung einer Prozentveränderung zeigt hingegen bei unterschiedlichen Basisjahren gleiche Ergebnisse, wenn man von Rundungsdifferenzen absieht. Daher ist es empfehlenswert, auf eine Prozentveränderung überzugehen.

*Hartmut Sandering*  
Büro Gütersloh

## **VOB/B 2002 in Kraft getreten**

Am 15.02.2003 ist die VOB/B, die bereits Ende 2002 im Bundesanzeiger veröffentlicht wurde, durch Änderung der Vergabeverordnung in Kraft getreten. Durch die Änderung der VOB/B 2002 soll die VOB/B an das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geänderte BGB angepaßt werden.

Inhaltlich bringt die VOB/B 2002 eine Vielzahl sprachlicher Änderungen und Anpassungen. Die wohl bedeutendste Neuerung findet sich in § 13 VOB/B, der bis hin zur Überschrift neu gestaltet wurde und dessen Verjährungsfristen verlängert wurden.

Die wichtigsten Änderungen im einzelnen:

?? Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche wird auf 4 Jahre statt der bisherigen 2 Jahre verlängert. Für Arbeiten an einem Grundstück bzw. für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen wurde die Verjährungsfrist von einem Jahr auf 2 Jahre erhöht. Allerdings sieht § 13 Abs. 4 VOB/B nunmehr eine Ausnahme für feuerberührte und abgasgedämmte Teile von industriellen Fertigungsanlagen vor, für die die Verjährung ein Jahr beträgt.

Bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluß auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat und bei denen die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht übertragen wurde, wurde die Verjährungsfrist von einem Jahr auf 2 Jahre verlängert.

?? Es verbleibt bei der Verlängerung der Verjährung durch eine schriftliche Mängelanzeige (§ 13 Nr. 5 VOB/B). Allerdings verjähren die Gewährleistungsrechte innerhalb von 2 Jahren ab Mängelanzeige. Damit handelt es sich nicht um einen vollständigen Neubeginn der Verjährung, sondern um einen zeitlich begrenzten Neubeginn.

?? § 16 VOB/B, der sich mit der Zahlung befaßt, stellt nunmehr ausdrücklich auf den Begriff „Fälligkeit“ ab. Dies hat insbesondere Bedeutung für die Ausnahmeregelung des § 286 Abs. 3 S. 2 BGB, der einen automatischen Verzug 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung vorsieht. Bei Abschlagszahlungen tritt Fälligkeit erst 18 Tage nach Zugang der Aufstellung ein, so daß die 30-Tage-Regel erst ab diesem Zeitpunkt einsetzen kann. Zudem wurde der Verzugszins den Begrifflichkeiten des BGB angepaßt. Nunmehr orientieren sich die Verzugszinsen für Voraus- und Schlußzahlungen am Basiszins.

?? In den Fällen, in denen der Auftraggeber das unbestrittene fällige Guthaben nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zugang der Schlußrechnung auszahlt, kann der Schuldner nun gem. § 16 Nr. 5 Abs. 4 VOB/B ohne Nachfristsetzung Zinsen in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes nach § 288 BGB verlangen.

?? § 17 Nr. 4 VOB/B trägt der jüngsten BGH-Rechtsprechung Rechnung und legt fest, daß der Auftraggeber keine Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangen kann.

?? In § 17 Nr. 8 VOB/B befindet sich eine vieldiskutierte Neuregelung. Nach der alten Fassung des § 17 Nr. 8 VOB/B waren die Sicherheiten für die Dauer der Gewährleistung aufrecht zu halten. Es wird nunmehr unterschieden zwischen einer Vertragserfüllungssicherheit und einer Gewährleistungssicherheit.

Eine Vertragserfüllungssicherheit muß zum vereinbarten Zeitpunkt zurückgegeben werden, nicht jedoch, wenn die Leistungen des Auftragnehmers nicht fertiggestellt oder nicht mangelfrei sind. In diesem Fall kann ein entsprechender Teil weiter zurückgehalten werden.

Eine Gewährleistungsbürgschaft ist innerhalb der vereinbarten Zeit – spätestens jedoch innerhalb von 2 Jahren nach Abnahme – zurückzugeben. Dies bedeutet, daß – obgleich die Verjährungsfrist auf 4 Jahre verlängert wurde – die Gewährleistungsbürgschaft nur für 2 Jahre gestellt werden muß. Diese Regelung gilt allerdings vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung, so daß die Parteien individualvertraglich vereinbaren können, daß die Gewährleistungsbürgschaft sich auf den gesamten Zeitraum der Gewährleistung beziehen muß. Sind nach 2 Jahren die Ansprüche wegen Mängeln noch nicht vollständig erfüllt, darf der Auftraggeber nach § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B einen Teil zurückbehalten.

*Dr. Sandra Vyas*  
Büro Paderborn

### **Bauvertragsrecht: Neue Obergrenze für nicht ausgehandelte formularmäßige Vertragsstrafen**

Bis vor kurzem entsprach es ständiger Rechtsprechung, daß bei Bauverträgen (mit Auftragsvolumen von bis zu ca. 13 Mio. DM bzw. 6,6 Mio. Euro) die zulässige Obergrenze für vom Auftraggeber einseitig vorgegebene bzw. formularmäßige Vertragsstraferegelungen 10% der Auftragssumme betrug.

In einer neueren Entscheidung hat der BGH diese Obergrenze jetzt auf höchstens 5% halbiert. Eine höhere Vertragsstrafe, die der Auftraggeber bei den Vertragsverhandlungen mit dem Auftraggeber nicht zur Disposition gestellt bzw. ausgehandelt hat, macht die gesamte Vertragsstraferegelung unwirksam. Ausnahme: Bei Bauverträgen mit einem Auftragsvolumen mit bis zu ca. 13 Mio. DM bzw. 6,6 Mio. Euro, die vor dem Bekanntwerden der neuen BGH-Entscheidung abgeschlossen worden sind, bleibt es bei der bisherigen Obergrenze von bis zu 10% der Auftragssumme.

Die alte wie neue Obergrenze galt bzw. gilt nur für Vertragsstraferegelungen, die der Auftraggeber einseitig formularmäßig vorgegeben und auf die er bestanden hat. In dem von dem BGH entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber geltend gemacht, die einzelnen Klauseln mit dem Auftragnehmer erörtert und gemeinsam gelesen zu haben. Es sei frühzeitig über die Terminalsicherheit und Festschreibung der Vertragsstrafe gesprochen worden. Er habe alle Klauseln zur Verhandlungsdisposition gestellt und Änderungen akzeptiert, wenn eine vertretbare Gesamtlösung herausgekommen sei. Der Auftragnehmer habe hinsichtlich der Absicherung der Termine eine andere Lösung vorgeschlagen, die er – der Auftraggeber – jedoch nicht habe akzeptieren können. Danach hätten beide Seiten eingesehen, daß es bei den achtenswerten Interessen des Auftraggebers zu bleiben habe mit der Folge, daß es bei dem ansonsten nicht beanstandeten Vertragstext bleiben könne. Der Auftragnehmer habe die Höhe der Vertragsstrafe und ihre Gestaltung nicht beanstandet.

Dieser Sachverhalt reichte dem BGH jedoch nicht aus, um von einer individuell ausgehandelten Vertragsstrafe auszugehen, für die die Obergrenze nicht gilt. Aushandeln erfordere mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln könne nur dann gesprochen werden, wenn der Auf-

traggeber die von ihm vorgeschlagene Regelung inhaltlich ernsthaft zur Disposition stelle und dem Auftragnehmer Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräume mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Regelung zu beeinflussen. Der Auftraggeber müsse sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlage sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vom Auftraggeber gewünschten vorformulierten Textes wieder. Allenfalls unter besonderen Umständen könne ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines „Aushandelns“ gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibe.

*Frank Schembecker*  
Büro Detmold

### **Bauhandwerkersicherungshypothek: Geltung auch gegenüber dem Grundstückseigentümer, der nicht identisch mit dem Auftraggeber ist**

Immer wieder stehen Bauhandwerker in der Praxis vor folgender Situation:

Sie haben den Auftrag von einem Auftraggeber A erhalten, der den Werklohn nicht bezahlt. Eigentümer des Grundstücks ist aber eine andere Person. Wegen der Verschiedenheit von Auftraggeber und Grundstückseigentümer besteht oft keine Möglichkeit, im einstweiligen Verfügungsverfahren eine Bauhandwerkersicherungshypothek im Grundbuch abzusichern. Der Grundstückseigentümer argumentiert, er sei nicht Auftraggeber, müsse sich also nicht gefallen lassen, daß das in seinem Eigentum stehende Grundstück mit einer Bauhandwerkersicherungshypothek belastet werde.

Im Grundsatz entspricht diese Argumentation dem Gesetz. Der Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek setzt nach § 648 BGB voraus, daß der Auftraggeber des Werkauftrages und der Eigentümer des Grundstücks identisch sind. Daran hält die Rechtsprechung auch grundsätzlich fest.

Es gibt allerdings Fälle, in denen ein Grundstückseigentümer, der nicht zugleich Auftraggeber des Werkunternehmers war, es sich gefallen lassen muß, daß sein Grundstück mit einer Bauhandwerkersicherungshypothek zur Absicherung des Werklohns belastet wird.

Das ist dann der Fall, wenn der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Auftraggeber und dem Grundstückseigentümer sehr eng ist, und die Werkleistung des Werkunternehmers wirtschaftlich dem Grundstückseigentümer zufließt.

Entschieden haben das die Gerichte etwa für den Fall, daß Auftraggeberin eine Gesellschaft ist (z.B. GmbH oder GmbH & Co.), Grundstückseigentümer der diese Gesellschaft beherrschende Gesellschafter (Mehrheitsgesellschafter). In solchen Fällen muß es sich der Grundstückseigentümer nach Treu und Glauben gefallen lassen, daß sein Grundstück mit der Sicherungshypothek belastet wird, auch wenn Auftraggeber die Gesellschaft war.

Ähnlich haben die Oberlandesgerichte in anderen Fällen entschieden, die danach „rochen“, daß der Grundstückseigentümer eine Gesellschaft oder eine andere Person vorgeschoben hat-

te, um die Werkaufträge abzuschließen, und es dabei darauf angelegt hatte, im Ernstfall die Werkunternehmer „vor die Wand laufen“ zu lassen und das Grundstück zu behalten.

In welchen Fällen nach Treu und Glauben der Grundstückeigentümer sich den Durchgriff auf sein Grundstück gefallen lassen muß, ist im Einzelfall zu entscheiden.

Dr. Bernhard König  
Büro Detmold

### **BGH: Kündigungsfrist von Mietverträgen, die vor der Mietrechtsreform im Jahr 2001 abgeschlossen wurden**

Endlich hat der BGH eine der umstrittensten Fragen im Zusammenhang mit der Mietrechtsreform im Jahr 2001 entschieden, nämlich die Frage, welche Kündigungsfrist für Mieter von Wohnraum gilt, wenn in Formularymietverträgen, die noch vor dem 1. September 2001 abgeschlossen wurden, die früher geltenden gestaffelten Kündigungsfristen im Vertragstext aufgenommen sind.

Insbesondere in Gebieten mit hohem Wohnungsleerstand, zum Beispiel in den neuen Bundesländern, spielte diese Frage für beide Vertragsparteien eine wichtige Rolle. Der Vermieter ist bei drohendem Leerstand seiner Wohnung daran interessiert, den Mieter möglichst lange an den Mietvertrag zu binden und die im Vertrag aufgeführte Kündigungsfrist auszuschöpfen. Der Mieter versucht in Erwartung eines attraktiveren Alternativangebotes oder aufgrund eines kurzfristigen Arbeitsplatzwechsels natürlich, sich möglichst schnell vom Vertrag zu lösen. Die Folge waren Streitigkeiten über den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses, die - je nach Dauer des zugrundeliegenden Mietvertrages – nicht unerhebliche Mietforderungen nach sich ziehen können.

Gemäß § 565 Abs. II, 2 BGB a.F. verlängerte sich die dreimonatige Kündigungsfrist um jeweils drei Monate, wenn das Mietverhältnis fünf, acht oder zehn Jahre seit der Überlassung des Wohnraumes andauerte. Bei einem zehnjährigen Mietverhältnis bedeutete dies, daß die Kündigungsfrist praktisch auf ein Jahr verlängert wurde. Mit dem am 1. September 2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetz wurde gemäß § 573 c Abs. I, 1 BGB n.F. die Kündigungsfrist für den Mieter unabhängig von der Dauer des zugrundeliegenden Mietvertrages auf drei Monate festgesetzt.

In der einschlägigen Überleitungsvorschrift in Artikel 229 § 3 Abs. 10 EGBGB ist geregelt, daß die längeren Kündigungsfristen auch nach dem 1. September 2001 gelten, wenn sie vor dem 1. September 2001 „*durch Vertrag vereinbart*“ wurden. Der Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur entzündete sich an der Frage, ob durch die wörtliche Wiedergabe der gestaffelten Kündigungsfristen im Mietvertrag diese als im Sinne dieser Überleitungsvorschrift „*durch Vertrag vereinbart*“ anzusehen sind.

Die Rechtsprechung der Amts- und Landgerichte war hierzu bisher unberechenbar. Einige Gerichte forderten, daß vertraglich vereinbarte längere Kündigungsfristen nur dann gelten, wenn sie im einzelnen individuell zwischen den Parteien in den entsprechenden Verträgen vereinbart wurden. Für andere Gerichte reichte die wörtliche Wiedergabe der gesetzlichen Kündigungsfristen in Formulklauseln für die Annahme einer vertraglichen Vereinbarung aus.

Der letztgenannten Auffassung hat sich nunmehr der BGH angeschlossen. Er ist der Auffassung, daß die Überleitungsvorschrift des Artikel 229 § 3 Abs. 10 EGBGB nicht nur auf Individualvereinbarungen hinsichtlich der Formulierung der Kündigungsfristen Anwendung finde. Aus der Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung für das Mietrechtsreformgesetz ergebe sich, daß mit der Übergangsvorschrift aus Gründen des Vertrauensschutzes sichergestellt werden solle, daß vor dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes wirksam vereinbarte Kündigungsfristen auch zukünftig wirksam bleiben. Im übrigen sei es mit der Zielsetzung der Mietrechtsreform, durch ein verständliches und transparentes Mietrecht dem Rechtsfrieden zu dienen, nicht vereinbar, die Kündigungsfristen von einer konflikträchtigen und wenig aussichtsreichen Aufklärung des Ablaufes der teilweise viele Jahre zurückliegenden Vertragsverhandlungen abhängig zu machen. Der Mieter werde auch nicht unzumutbar belastet, da er in Härtefällen – wie schon nach bisherigem Recht – einen Anspruch auf vorzeitige Aufhebung des Mietvertrages habe, wenn er einen Ersatzmieter stelle.

*Martin Wallraff*  
Büro Leipzig

### **Vorsicht bei Dienstverträgen von GmbH-Geschäftsführern**

Das Landesarbeitsgericht Köln hatte sich im Oktober 2002 mit einem Fall zu beschäftigen, der leider immer wieder vorkommt:

Der Geschäftsführer einer GmbH, die ihrerseits persönlich haftende Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG war, hatte einen Dienstvertrag abgeschlossen – aber nicht mit der GmbH, sondern mit der Kommanditgesellschaft. Weil er als Geschäftsführer der GmbH abberufen worden war, war auch sein Dienstvertrag gekündigt worden. Der Geschäftsführer wehrte sich mit Kündigungsschutzklage. Streitig war nun, ob für diese Kündigungsschutzklage das Arbeitsgericht zuständig war oder die allgemeine Zivilgerichtsbarkeit (Landgericht). Darüber hinaus – insoweit vom LAG nicht erörtert – stellte sich auch die Frage, ob auf die Kündigung des Dienstvertrages das arbeitsrechtliche Kündigungsschutzrecht Anwendung findet, insbesondere das Kündigungsschutzgesetz, oder ob es keine Anwendung findet, weil der Geschäftsführer Organ einer juristischen Person war.

Das LAG hat noch einmal bestätigt, was das Bundesarbeitsgericht seit 20 Jahren immer wieder festgestellt hat:

Wenn der Dienstvertrag eines Geschäftsführers der Komplementär GmbH einer GmbH & Co. KG mit der KG statt mit der GmbH geschlossen wird, besteht das Risiko, daß auf den Dienstvertrag das Arbeitsrecht Anwendung findet. Auseinandersetzungen aus dem Dienstvertrag gehören dann vor das Arbeitsgericht, nicht vor die allgemeine Zivilgerichtsbarkeit. Der Geschäftsführer genießt also dann einen arbeitsrechtlichen Schutz auch bei Beendigung seines Dienstverhältnisses, den er nicht genießen würde, wenn der Dienstvertrag mit der Gesellschaft abgeschlossen worden wäre, deren Organ er als Geschäftsführer ist, also mit der GmbH. Wird der Geschäftsführerdienstvertrag mit der GmbH abgeschlossen, ist weder das Arbeitsgericht

für Streitigkeiten zuständig noch ist das Kündigungsschutzgesetz auf diesen Dienstvertrag anwendbar.

Aus steuerlicher Sicht wird oft empfohlen, die Dienstverträge solcher Geschäftsführer mit der Kommanditgesellschaft abzuschließen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht des Unternehmens kann man davon nur dringend abraten.

*Dr. Bernhard König*  
Büro Detmold

### **Arbeitsrecht: Kein Betriebsübergang für Geschäftsführer**

Anlässlich der Übertragung und Umstrukturierung von Unternehmen bereiten die Regelungen über den Betriebsübergang nach § 613 a BGB vielfältige Schwierigkeiten und Fallstricke. Die juristische Diskussion zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Betriebsübergangs ist daher äußerst vielstimmig. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 13.02.2003 einen weiteren Beitrag zur Klärung offener Rechtsfragen geleistet:

Das BAG hat festgestellt, daß der mit einem GmbH-Geschäftsführer geschlossene Anstellungsvertrag nicht nach § 613 a BGB auf einen Betriebserwerber übergeht. § 613 a BGB erfasst nur Arbeitsverhältnisse.

Zwar wendet die Rechtsprechung einzelne Bestimmungen aus dem Recht der abhängigen Arbeitsverhältnisse auch auf den GmbH-Geschäftsführer an. So hat der GmbH-Geschäftsführer gleich einem abhängigen Arbeitnehmer einen Anspruch auf Zeugniserteilung sowie einen Anspruch auf Urlaub. Diese Ausnahmen greifen jedoch immer nur dann ein, wenn das Bedürfnis zur Sicherung der persönlichen oder wirtschaftlichen Existenz des Geschäftsführers höher anzusiedeln ist als seine Stellung als Unternehmensleiter.

Diese Überlegungen gelten nicht für § 613 a BGB. Diese Vorschrift dient nämlich u.a. dazu, Lücken im Kündigungsschutzrecht bei bestehenden Arbeitsverhältnissen für den Fall eines Betriebsübergangs zu schließen. Der Geschäftsführer einer GmbH ist jedoch als Organ der Gesellschaft nicht gegen Kündigungen nach dem Kündigungsschutzgesetz geschützt. Eine analoge Anwendung des § 613 b BGB auf Organvertreter scheidet nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts auch deswegen aus, da der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern eine besondere Vertrauensposition einnimmt. Es ist für den Betriebserwerber nicht zumutbar, an die Besetzung der Leitungsfunktion gebunden zu sein, ohne für diese Position eine Person seines Vertrauens auswählen zu können.

§ 613 a BGB ist auch dann nicht auf Geschäftsführer anwendbar, wenn die GmbH für diese Sozialversicherungsbeiträge abführt.

Ob das Bundesarbeitsgericht eine andere Bewertung vornehmen würde, wenn der Dienstvertrag bei einer GmbH & Co KG nicht mit der GmbH sondern mit der KG geschlossen ist (vgl. hierzu die vorstehenden Anmerkungen von *Dr. Bernhard König* zu einem Urteil des LAG Köln), ist nach heutigem Stand der Rechtsprechung offen.

*Dr. Sören Kramer*  
Büro Detmold

## Arbeitsrecht: Verlängerung der Probezeit möglich?

In neu abgeschlossenen Arbeitsverträgen werden üblicherweise Probezeiten von einer Dauer bis zu 6 Monaten vereinbart. Innerhalb einer derartigen Probezeit besteht die Möglichkeit, von den gesetzlichen Kündigungsfristen abzuweichen und eine verkürzte Kündigungsfrist von 14 Tagen zu vereinbaren.

Neben der Probezeit beginnt mit Aufnahme der Beschäftigung die 6monatige Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes: Nach Ablauf von 6 Monaten bedarf die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses der sozialen Rechtfertigung, d.h. der Arbeitgeber kann nicht mehr ohne Angabe von Gründen kündigen.

Verläuft die Probezeit aus Sicht des Arbeitgebers nicht zu seiner Zufriedenheit, steht er vor der Frage, ob er das Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit kündigen sollte. Da sowohl Probezeit als auch Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes nicht verlängerbar sind, steht der Arbeitgeber vor einem Dilemma, wenn er gleichwohl dem Arbeitnehmer noch die Chance einräumen möchte, seine Eignung für die vorgesehene Tätigkeit zu beweisen.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 7. März 2002 dem Arbeitgeber einen Weg gewiesen, wie Probezeit und Wartezeit faktisch „verlängert“ werden können: Der Arbeitgeber spricht dem Arbeitnehmer spätestens am letzten Tage der 6-monatigen Probe- bzw. Wartezeit eine ordentliche Kündigung aus. Der Arbeitgeber ist hierbei nicht gezwungen, die kurze Kündigungsfrist der Probezeit anzuwenden. Vielmehr kann auch eine längere, etwa 3-monatige Kündigungsfrist zugrundegelegt werden. Gleichzeitig mit der ordentlichen Kündigung sagt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Wiedereinstellung nach Ablauf der Kündigungsfrist zu, für den Fall, daß der Arbeitnehmer sich während seiner weiteren Tätigkeit für die vorgesehene Beschäftigung als geeignet erweist.

Im entschiedenen Fall hat das Bundesarbeitsgericht darüber hinaus einen Aufhebungsvertrag als wirksam angesehen, in dem die Parteien sich auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf einer fiktiven, verlängerten Kündigungsfrist verständigt und gleichzeitig die Wiedereinstellung für den Fall der Bewährung vereinbart haben.

Zu beachten ist aber, daß die gewählte verlängerte Kündigungsfrist nicht die längsten tariflichen bzw. gesetzlichen Kündigungsfristen überschreitet. In derartigen Fällen besteht nämlich die Gefahr, daß die Vereinbarung als nachträgliche Befristung eines ursprünglich unbefristeten Arbeitsvertrages zu werten und den Regeln der Befristungskontrolle zu unterwerfen ist.

Will der Arbeitgeber kurz vor Ablauf der Probezeit diese „verlängern“, um dem Arbeitnehmer eine weitere Bewährungschance zu geben, kommt also die Aussprache einer ordentlichen Kündigung mit verlängerter Kündigungsfrist in Betracht. Die Kündigungsfrist darf die längste gesetzliche bzw. tarifliche Kündigungsfrist nicht überschreiten. Bewährt sich der Arbeitnehmer nicht, bleibt es bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der Kündigungsfrist; im Bewährungsfalle hat die zugesagte Wiedereinstellung zu erfolgen.

*Dr. Sören Kramer*  
Büro Detmold

## **Noch einmal: Betriebsbedingte Kündigungen von Arbeitnehmern in der Altersteilzeit**

In unserem Mandantenrundbrief aus Dezember 2002 hatten wir über eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichtes in Niedersachsen berichtet, mit der das Gericht festgestellt hatte, daß betriebsbedingte Kündigungen von Arbeitnehmern, die sich im Blockmodell der Freistellungsphase befinden, unzulässig seien.

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Rechtsprechung des LAG Niedersachsen zwischenzeitlich im Revisionsverfahren mit Urteil vom 5. Dezember 2002 bestätigt. Im entschiedenen Fall hatte der Insolvenzverwalter der früheren Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen wegen der Stilllegung des Betriebes während der Freistellungsphase gekündigt. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes sei die Kündigung sozial ungerechtfertigt, da die Stilllegung des Betriebes kein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes darstelle. Eine betriebsbedingte Kündigung setze nämlich voraus, daß der Arbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigt werden könne; bei der Kündigung während der Freistellungsphase müsse demgegenüber der Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigt werden, da er trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses nicht verpflichtet sei, eine Arbeitsleistung zu erbringen.

Dies gilt – so das BAG – auch im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers. Das Argument, es stünden keine hinreichenden finanziellen Mittel aus der Insolvenzmasse zur Entlohnung des Arbeitnehmers zur Verfügung, hat das Bundesarbeitsgericht nicht gelten lassen.

Dr. Sören Kramer  
Büro Detmold

## **Einengung des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes durch den BGH**

Aufgrund einer neuen Entscheidung des Bundesgerichtshofes dürfte es zukünftig mehr Freiraum für die Nachahmung bzw. den Nachbau nicht geschmacksmusterrechtlich geschützter Produkte geben. Die Kernaussage dieses Urteils lautet:

*„Einem Produkt, das im wesentlichen dadurch gekennzeichnet ist, daß es eine gestalterische und praktische Grundidee umsetzt, kommt allenfalls eine geringe wettbewerbliche Eigenart zu. Ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz kommt in einem solchen Fall grundsätzlich auch dann nicht in Betracht, wenn das Produkt eine hohe Verkehrsbekanntheit erlangt hat und vom Verkehr aufgrund der tatsächlichen Marktverhältnisse ohne weiteres einem bestimmten Unternehmen zugerechnet wird.“*

Die Vorinstanzen in diesem Fall - das LG bzw. OLG Köln - haben den dort beanstandeten Nachbau auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung noch ohne weiteres verboten. In seiner neuen Entscheidung knüpft der BGH an die bisherigen Grundsätze an, führt aber zusätzlich einschränkende Kriterien ein:

Unabhängig vom Bestehen eines Geschmacksmusterschutzes kann ein Nachbau unverändert wettbewerbsrechtlich unzulässig sein, wenn besondere Begleitumstände vorliegen. Der Vertrieb von Nachahmungen eines Erzeugnisses, das wettbewerbsrechtliche Eigenart besitzt und bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat, ist dementsprechend wettbewerbswidrig, wenn dadurch die Gefahr einer Täuschung über die betriebliche Herkunft des Nachbaues begründet wird. Dabei besteht - wie bisher - zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen eine Wechselwirkung: Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit erst begründen.

Wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Originalproduktes geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen. Diese Eignung kann auch von der besonderen Kombination der Gestaltungselemente bzw. von Merkmalen des Produktes ausgehen, die durch seinen Gebrauchszweck nicht zwingend vorgegeben sind, sondern - wenngleich durch diesen bedingt - willkürlich wählbar und austauschbar sind.

In dem vom BGH entschiedenen Fall war es zudem so, daß die wettbewerbliche Eigenart des Originalproduktes durch dessen Markterfolg und eine dadurch erreichte hohe Bekanntheit auch noch gesteigert war. Außerdem waren seine charakteristischen Merkmale vor dem Auftauchen der streitgegenständlichen Nachahmung nicht im nennenswerten Umfang bei den Wettbewerbserzeugnissen auf dem deutschen Markt zu finden.

All das war auch bislang anerkannt. Mit den nachfolgenden neuen Überlegungen meint der BGH jedoch, in dem von ihm entschiedenen Fall seien die besonderen Merkmale des Originalproduktes *„noch nicht in einer Weise übernommen, daß eine wettbewerbsrechtlich unlautere Herkunftstäuschung gegenüber den angesprochenen Verkehrskreisen, die auch nach dem Klagevorbringen im wesentlichen Fachleute sind, anzunehmen ist.“* Die Übernahme von Merkmalen, deren Benutzung jedem Wettbewerber bei der Gestaltung eines Erzeugnisses der vorliegenden Art freistehen müsse (freizuhaltende Gestaltungsmittel), sei nicht zu beanstanden. Entsprechendes gelte im Bereich von gestalterischen und praktischen Grundideen, die einem Sonderschutz (z.B. über ein Geschmacksmuster) nicht zugänglich seien. Wettbewerbsrechtlich könne insoweit nichts anderes gelten, und zwar auch dann nicht, wenn das Original eine hohe Verkehrsbekanntheit erlangt habe und vom Verkehr aufgrund der tatsächlichen Marktverhältnisse ohne weiteres einem bestimmten Unternehmen zugerechnet werde. Werde nur eine gestalterische und praktische Grundidee übernommen, könne es auch nicht verboten werden, daß diese durch eine sich ohne weiteres anbietende und insbesondere unter dem Gesichtspunkt der einfachen Fertigung, des Gebrauchszwecks und der Verkäuflichkeit der Ware angemessene Lösung umgesetzt werde. Eine Täuschung der Interessenten über die Herkunft des Nachbaus, die allein auf der Übernahme von Gestaltungselementen beruhe, die so freizuhalten seien und nicht für einen Wettbewerber monopolisiert werden dürften, sei - auch bei Berücksichtigung der Gesamtheit der Übereinstimmungen - hinzunehmen.

Diese neuen Kriterien sind wenig konkret, und es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung sie im Einzelfall anwenden wird. Auf jeden Fall muß mit einer größeren Zurückhaltung bei dem wettbewerbsrechtlichen Verbot von Nachahmungen gerechnet werden. Zudem kann das allein vor wettbewerbsrechtlichem Hintergrund ergangene Urteil zur verstärkten Anmeldung vom Geschmacksmustern führen.

*Frank Schembecker*  
Büro Detmold

## **Reform des Geschmacksmusterrechts**

Das Bundeskabinett hat Ende März 2003 einen Entwurf zur Reform des Geschmacksmusterrechts beschlossen, um die EG-Richtlinie 98/71/EG vom 13.10.1998 umzusetzen. Die bislang strengen Anforderungen an die sog. Gestaltungshöhe sollen entfallen, es sollen vermehrt äußere Gestaltungsformen geschützt sein und die Schutzdauer soll von bisher maximal 20 auf 25 Jahre verlängert werden. Der Geschmacksmusterinhaber soll künftig Dritten verbieten können, das Design ohne seine Zustimmung zu nutzen. Es wird dann leichter sein, gegen Nachahmungen vorzugehen. Einzelteile eines Produkts sollen nur dann schutzfähig sein, wenn man sie bei bestimmungsgemäßer Verwendung sieht. Das betrifft z.B. Autokarosserien. In diesem Punkt ist eine Harmonisierung auf EG-Ebene noch nicht gelungen. Über den Stand des Gesetzgebungsverfahrens kann man sich im Internet informieren unter [www.bmj.bund.de/-Gesetzgebungsverfahren](http://www.bmj.bund.de/-Gesetzgebungsverfahren).

*Dr. Jörg König*  
Büro Bielefeld

## **Werbung mit „umgekehrter Versteigerung“ nicht mehr wettbewerbswidrig**

Mit 2 Urteilen vom 13.03.2002 ist der Bundesgerichtshof von seiner bisherigen Rechtsauffassung zu umgekehrten Versteigerungen abgerückt.

Bei einer umgekehrten Versteigerung handelt es sich um ein Kaufangebot, bei dem der Verkäufer ankündigungsgemäß den Preis für die angebotene Ware nach bestimmten Zeitabschnitten jeweils reduziert, solange nicht ein Käufer das Kaufangebot zum gerade gültigen Preis annimmt. Die umgekehrte Versteigerung hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit beim Verkauf von Gebrauchtwagen beschäftigt. Hierzu sind auch die beiden aktuellen Entscheidungen des BGH ergangen.

Bisher wurde eine solche umgekehrte Versteigerung als Verstoß gegen § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) angesehen. Sie nutze die Spiellust der Verbraucher aus und sei geeignet, den Kunden bei seiner Kaufentscheidung unsachgemäß zu beeinflussen.

Nunmehr hat der Bundesgerichtshof erkannt, daß der Gewerbetreibende in seiner Preisgestaltung grundsätzlich frei sei. Er könne seine allgemein angekündigten Preise zu jedem ihm

sinnvoll erscheinenden Zeitpunkt erhöhen oder senken, sofern keine unlauteren Begleitumstände vorlägen. Wettbewerbswidrig werde eine Werbung, die möglicherweise die Reize eines Spiels ausnutze, erst dann, wenn der Einsatz dieser Reize dazu führe, daß ein Kaufentschluß nicht mehr von sachlichen Gesichtspunkten getragen werde. Das könne bei der umgekehrten Versteigerung von Gebrauchtwagen nicht angenommen werden.

Abzustellen sei auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher. Angesichts der nicht unbeachtlichen Investition beim Gebrauchtwagenkauf werde ein solcher Verbraucher sich erfahrungsgemäß auch durch den von der Veranstaltung ausgehenden Spielreiz und die Erwartung einer besonders günstigen Kaufgelegenheit nicht zu einem Kauf verleiten lassen ohne die Preiswürdigkeit des Angebots geprüft zu haben.

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller  
Büro Gütersloh

### **Nochmals: Vergleichende Werbung**

Das Bundeskabinett hat bereits einen Entwurf für eine Novelle des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) beschlossen. Ob das Gesetz noch in diesem Jahr verabschiedet wird, bleibt abzuwarten. Hinsichtlich der vergleichenden Werbung wird sich nur die Bezifferung ändern, nicht der Inhalt. Über die sonstigen Neuerungen werden wir gesondert berichten, wenn abzusehen ist, mit welchem Inhalt genau das Gesetz verabschiedet wird.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in seinem Urteil "Ersetzt" zur vergleichenden Werbung entschieden: *„Wirbt ein Unternehmen für eigene Produkte mit eigenen Bestellnummern und der Angabe "ersetzt" unter Nennung der Baugröße und der Ersatzteilnummer von Produkten eines Mitbewerbers, liegt darin eine vergleichende Werbung, die nicht ohne weiteres unlauter ist.“*

In der Vergangenheit sind solche Fälle durchaus anders entschieden worden. Mit der Nennung des Nummersystems des Wettbewerbers partizipiere der Werbende am guten Ruf der bezeichneten (Wettbewerbs-) Produkte. Das allein sei aber keine unlautere Ausnutzung des guten Rufs. Die Angabe der Bestellnummern ermögliche die Identifizierung und damit einen Vergleich wesentlicher, relevanter, nachprüfbarer und typischer Eigenschaften der Erzeugnisse. Die Gegenüberstellung begründe auch keine Verwechslungsgefahr.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Urteil "Pippig Augenoptik" (C-44/01): ihm liegt ein Fall aus Österreich zugrunde) am 08.04.2003 entschieden:

?? es dürfen keine strengeren nationalen Vorschriften zum Schutz gegen irreführende Werbung angewandt werden als sie in der EG-Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung vorgesehen sind;

?? zwischen den verschiedenen Bestandteilen des Vergleichs, d. h. zwischen den Angaben über das Angebot des Werbenden, den Angaben über das Angebot des Mitbewerbers und dem Verhältnis zwischen diesen Angeboten, ist keine Unterscheidung vorzunehmen;

- ?? es steht dem Werbenden grundsätzlich frei, ob er in einer vergleichenden Werbung die Marke der konkurrierenden Produkte angibt; es ist jedoch Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob unter besonderen Umständen, die durch die Bedeutung der Marke für die Entscheidung des Käufers und durch den deutlichen Unterschied zwischen den jeweiligen Marken der verglichenen Produkte hinsichtlich ihrer Bekanntheit gekennzeichnet sind, die Nichtangabe der bekannteren Marke irreführend sein kann;
- ?? die verglichenen Produkte dürfen auf verschiedenen Vertriebswegen beschafft worden sein;
- ?? der Werbende darf bereits vor Beginn seines eigenen Angebots einen Testkauf bei einem Mitbewerber durchführen;
- ?? ein Preisvergleich setzt einen Mitbewerber weder deswegen herab, weil der Preisunterschied zwischen den verglichenen Produkten über dem durchschnittlichen Preisunterschied liegt, noch aufgrund der Anzahl der durchgeführten Vergleiche.

Sofern die Werbung die EG-rechtlich festgelegten Zulässigkeitsbedingungen beachtet, darf beim Vergleich zusätzlich zum Namen des Mitbewerbers z. B. sein Firmenlogo und ein Bild der Fassade seines Geschäfts gezeigt werden.

*Dr. Jörg König*  
Büro Bielefeld

### **EuGH zur Markenfähigkeit von Riechzeichen**

Mit Urteil vom 12.12.2002, Aktenzeichen C-273/00, hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Markenfähigkeit von Riechzeichen sprich Düften Stellung genommen.

In Auslegung von Art. 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken und damit auch der §§ 3 und 8 des Deutschen Markengesetzes hatte der EuGH darüber zu befinden, ob ein Zeichen, das als solches wie ein Duft nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann.

Der EuGH hat maßgeblich darauf abgehoben, daß Markenrechte in der Regel nur durch Eintragung in einem von den zuständigen Behörden geführten Register erworben werden können. Daher könne ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, nur dann Marke sein, wenn es grafisch dargestellt werden könne.

Das Erfordernis der grafischen Darstellung habe zum einen den Zweck, die Marke selbst festzulegen, um den genauen Gegenstand des Schutzes zu bestimmen, den die eingetragene Marke ihrem Inhaber gewähre. Zum anderen müssen die Wirtschaftsteilnehmer klar und eindeutig in Erfahrung bringen können, welche Eintragungen oder Anmeldungen ihre gegenwärtigen oder potentiellen Wettbewerber veranlasst haben, und auf diese Weise einschlägige Informationen über die Rechte Dritter erlangen können.

Da es um die exakte Bestimmung des Schutzgegenstandes und die Sicherheit im Rechtsverkehr gehe, müsse es die grafische Darstellung ermöglichen, das Zeichen insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen sichtbar so wiederzugeben, daß es ge-

nau identifiziert werden könne. Die Darstellung müsse folglich klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv sein.

Im konkreten Streitfall hat der Markenmelder beim Deutschen Patent- und Markenamt eine Probe der chemischen Substanz hinterlegt, für deren Duft er Markenschutz beantragte. Den Duft selbst hat er mit Worten beschrieben. Weiter hat er die Strukturformel der chemischen Substanz der Riechprobe angegeben. Darin hat der EuGH keine hinreichende grafische Darstellung gesehen, anhand derer das Zeichen genau identifiziert werden könnte.

Eine chemische Formel sei zwar eine grafische Darstellung. Diese gebe aber nicht den Geruch einer Substanz, sondern die Substanz selbst wieder. Grafische Darstellung sei auch die Beschreibung eines Geruches mit Worten. Diese sei aber nicht klar, eindeutig und objektiv genug. Die Hinterlegung einer Geruchsprobe stelle schon keine grafische Darstellung dar. Außerdem fehle einer Geruchsprobe die nötige Stabilität und Dauerhaftigkeit.

Angesichts der hohen Anforderungen, die der EuGH – zu Recht – an die grafische Darstellung nicht visuell wahrnehmbarer Zeichen stellt, wird man wohl sagen müssen, daß Markenschutz für Riechzeichen praktisch nicht zu erlangen ist.

*Dr. Hans-Jürgen Buchmüller*  
Büro Gütersloh

### **Nachbarliche Abwehransprüche gegen den Betrieb von Industrieanlagen**

Dem deutschen Immissionsschutzrecht wird nachgesagt, es sei zu kompliziert und zu unflexibel, und die Genehmigungsverfahren dauerten zu lange. Hat ein Unternehmen aber die beantragte Genehmigung, ist damit ein hohes Maß an Planungs- und Investitionssicherheit verbunden. Das gilt nicht nur gegenüber den Behörden, sondern auch im Hinblick auf die Abwehr von nachbarlichen Ansprüchen. Denn nach § 14 BImSchG kann ein Nachbar nicht die Einstellung des Betriebs einer immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtigen Anlage verlangen, wenn deren Genehmigung unanfechtbar ist. Der Nachbar kann dann nur Vorkehrungen zu seinem Schutz verlangen, soweit diese dem Anlagenbetreiber (Industriebetrieb) möglich und wirtschaftlich zumutbar sind.

Gar nicht selten wird jedoch durch die Änderung der Verordnung über genehmigungspflichtige Anlagen (4. BImSchV) die immissionsschutzrechtliche Genehmigungspflicht für bestimmte Anlagen aufgehoben. Das hat in der Vergangenheit nicht nur „kleine“ Anlagen wie Auto- waschstraßen, sondern auch größere Industrieanlagen wie z.B. bestimmte Rohrwerke getroffen. Das Entfallen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht führt nach dem Gesetz (§ 18 Abs. 2 BImSchG) dazu, daß auch die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung als solche erlischt. Seit langem ist anerkannt, daß eine solche Entwicklung der Rechtslage nicht dazu führt, daß ein Industrieunternehmen um den Bestandsschutz für seine Anlage gebracht wird. Das Unternehmen steht genehmigungsrechtlich also nicht „blank“. Die frühere – jetzt erloschene – immissionsschutzrechtliche Genehmigung gilt dann vielmehr als Baugenehmigung fort.

Was aber passiert mit den Abwehransprüchen des Nachbarn, wenn die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erlischt? Kann der Nachbar jetzt wieder die Einstellung des Betriebs verlangen, wenn er zu sehr gestört wird? So „nachbarfreundlich“ sah das die bisher herrschende Auffassung. Mit dieser Frage hatte sich auch das Bundesverwaltungsgericht in einer vor kurzem veröffentlichten Entscheidung zu befassen. Das Bundesverwaltungsgericht hat einen industriefreundlichen Standpunkt eingenommen und hat betont, daß die nachbarlichen Abwehransprüche nicht wieder aufleben, wenn eine bis dahin unanfechtbare immissionsschutzrechtliche Genehmigung erlischt.

Die Regelung des § 14 BImSchG mit dem Ausschluß des Anspruchs auf Betriebseinstellung knüpft nach den Worten des Gerichts nicht daran an, daß eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung weiterhin besteht, sondern daran, daß sie einmal erteilt wurde und unanfechtbar geworden ist. Jedes andere Verständnis würde – so das Gericht – der Interessenlage der Beteiligten nicht gerecht. Denn das Unternehmen als Betreiber der Anlage habe sich auf den unanfechtbaren Bestand seiner Genehmigung eingestellt und einer entsprechend strengen behördlichen Aufsicht unterlegen, und der Nachbar habe ja in dem früher notwendigen Genehmigungsverfahren die Gelegenheit gehabt, seine Interessen in das öffentlich geführte Verfahren einzubringen. Da der Anlagenbetreiber auch nach dem Fortfall einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gewissen Betreiberpflichten unterliege, sei es auch im Interesse des Nachbarn nicht gerechtfertigt, derartig gravierende Abwehrrechte wie einen Anspruch auf Betriebseinstellung wieder aufleben zu lassen.

Nach dieser Entscheidung können die Unternehmen aufatmen, die immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtige Anlagen betreiben. Erlischt die Genehmigung, weil das immissionsschutzrechtliche Genehmigungserfordernis entfällt, bleibt den Unternehmen nicht nur der Bestandschutz der Anlage gesichert, sondern auch die bisherige Position gegenüber den Nachbarn.

*Dr. Martin Dippel*  
Büro Paderborn

## **Produktrückruf und Aufbau eines firmeninternen Krisenmanagements**

Wer mit offenen Augen seine Tageszeitung liest, stößt immer wieder auf mehr oder minder großformatige Anzeigen, in denen Hersteller ihre eigenen Produkte wegen technischer Sicherheitsmängel vom Markt zurückrufen müssen. Der bunte Reigen betroffener Produktgattungen reicht - um Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit zu nehmen - von unsicheren Taschenlampen, Tiefkühlorten, Haartrockenhauben und Kondomen über Kinder-Trinkbecher und Farbfernseher bis zu Platinen, Kinderpuder und Dachfenstern. Anders als die Branche der KFZ-Hersteller, die über die beim Krafftahrtbundesamt in Flensburg gespeicherten Halterdaten ganz bequem an alle gefährdeten Nutzer herantreten können, sehen sich die Hersteller solcher Massenprodukte leider mit der Herausforderung konfrontiert, keinerlei unmittelbaren Kontakt zum Konsumenten herstellen zu können. Die öffentliche Warnung vor dem eigenen Produkt bleibt dann meist als einzige Möglichkeit, ist aber auch (produkthaftungsrechtliche) Notwen-

digkeit, um - weitere - Schadensfälle abzuwenden. Denn die Frage nach einem Rückruf „überfällt“ ein Unternehmen vielfach just deshalb, weil es bereits mit baugleichen Stücken zu einem Unfall, zu einer Verletzung oder gar zu einem Todesfall gekommen ist.

Dies stellt insgesamt für das Unternehmen eine echte Krisensituation dar, in der an gleich mehreren Fronten gekämpft werden muß: Denn auch die staatlichen Behörden werden bei Sicherheitsmängeln aufmerksam und es gilt unbedingt, hier frühzeitig hoheitliche Interventionen (z.B. eine staatliche Warnung unter voller Namensnennung) abzuwenden. Parallel muß der gesamte Warenrückruf entschieden, definiert, durchgeführt und - bis hin zu Fragen des Sicherheits-Marketings - sinnvoll abgewickelt werden.

Wer indes über alle notwendigen Schritte erstmals während dieser Krise nachdenkt, muß zwangsläufig improvisieren - eine ausgesprochen dramatische Schieflage: In einer der für das Unternehmen bedrohlichsten Situationen fehlt jeder Handlungsleitfaden, an dem sich alle Mitarbeiter von der Geschäftsführung über die Presseabteilung bis zum Telefonempfang ausrichten könnten. Und erfahrungsgemäß scheitern gute Improvisationen schon daran, daß der Produktunfall an einem Freitag Nachmittag auftritt, keiner die private Handynummer der Geschäftsführung kennt und der Schlüssel zu deren einzigem Aufbewahrungsort verschollen ist, während auf der anderen Leitung schon die überregionale Presse gehalten wird...

Wir raten daher aus gutem Grunde - ein von uns betreutes weltweit tätiges Unternehmen hat jüngst am gemeinsam erstellten Rückrufplan orientiert einen EG-weiten Rückruf zügig und erfolgreich durchführen können - dringend zum vorherigen Aufbau eines Krisenmanagements. Ein derartiger Rückrufplan, mit dem ein Notfallteam („task force“) legitimiert und gesteuert wird, sollte z.B. Festlegungen über die Mitglieder (Stellvertreter) des Notfallteams, Lagersperren, Vertriebskanäle, Pressemitteilungen (dt. / engl.) und behördliche Ansprechpartner enthalten. Ablaufdiagramme und Zuständigkeiten müssen vorher und abschließend festgelegt werden; und auch das notwendige technische Equipment - Telefon, Faxgerät, Internetzugang und e-mail (alles jeweils doppelt!), Fernseher, Videorecorder, Digitalkamera, ggf. Weltkarte etc. - darf nicht erst am Tag X überlegt und zusammengesucht werden. Es erscheint zudem sinnvoll, Teile der Rückrufplanung in einem Testlauf zu simulieren.

Die anwaltlich begleiteten firmeninternen Diskussionen um Inhalt und Grenzen eines derartigen Krisenmanagements zeigen zudem häufig weitere „Baustellen“ - z.B. fehlende Rückrufkosten-Versicherung, z.B. ungenügende Wareneingangs- und ausgangskontrollen, z.B. unscharfe AGB, die bestimmte Zulieferermängel nicht ausschließen - innerhalb des Unternehmens auf, deren Erkenntnis allein ein unternehmerischer Gewinn ist.

*Dr. Thomas Klindt*  
Büro Paderborn

## **Default argentinischer Staatsanleihen**

Seit Anfang des Jahres 2002 hat Argentinien die Zahlungen auf seine Staatsanleihen eingestellt. In den Anleihebedingungen der in Europa aufgelegten Anleihen ist weitgehend die Gel-

tung deutschen Rechts vorgesehen, so daß die §§ 793 ff. BGB zur Anwendung kommen. Das deutsche Schuldverschreibungsgesetz ist hingegen nur an inländische Emittenten adressiert.

Die Bedingungen der in Europa vertriebenen Anleihen sehen neben einem Gerichtsstand in Buenos Aires regelmäßig auch die Zuständigkeit europäischer Gerichte - in vielen Fällen etwa Frankfurt/Main - vor. Da Argentinien in den Anleihebedingungen zudem ausdrücklich auf Immunität verzichtet hat, sind neben Verfahren in Argentinien und in den USA auch eine Reihe von Prozessen in Deutschland gegen Argentinien eingeleitet. In mehreren erstinstanzlichen Entscheidungen ist Argentinien zur Zahlung verurteilt worden. Argentinien beruft sich insbesondere auf einen die Zahlungsaussetzung rechtfertigenden Staatsnotstand und hat gegen die Verurteilungen Berufung eingelegt.

Aus Argentinien liegen bislang noch keine abschließenden Entscheidungen vor. Für Verfahren in Argentinien spricht neben Kostenüberlegungen insbesondere, daß nach argentinischem Recht gerichtlich festgestellte Ansprüche gegen den Staat in den nachfolgenden Haushaltsplänen zu berücksichtigen sind, um dann in zeitlicher Abfolge erfüllt zu werden.

Im Büro Gütersloh können weitere Unterlagen zu den jeweiligen Handlungsalternativen angefordert werden.

*Prof. Dr. Burghard Piltz*  
Büro Gütersloh

## “Wir über uns”

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

✍️ In unserem Paderborner Büro ist seit März dieses Jahres Frau Rechtsanwältin **Daniela Deifuß** tätig. Frau Deifuß ist in Dortmund geboren und in Unna aufgewachsen. Sie hat an der Universität Bielefeld studiert und promoviert dort derzeit am Lehrstuhl für öffentliches Recht (Prof. Dr. Christoph Gusy) zum Themenbereich des Informationsfreiheitsgesetzes Nordrhein-Westfalen. Während ihres Referendariats im Landgerichtsbezirk Bielefeld hat sie ihre besondere Neigung für das öffentliche Recht entwickelt und unter anderem durch ein Studium an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer ausgebaut. Das öffentliche Recht, insbesondere das Umweltrecht und Baurecht, wird auch zukünftig den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit bilden.

✍️ Die Vollversammlung der IHK Ostwestfalen zu Bielefeld hat **Dr. Dippel** erneut in den Umweltausschuß der IHK berufen, dem er bereits seit 1998 angehört. Dem Ausschuß, der sich in seiner jetzigen Zusammensetzung im April dieses Jahres konstituiert hat, gehören neben Dr. Dippel leitende Vertreter von Gewerbe- und Industrieunternehmen aus dem Kammerbezirk Ostwestfalen an. Der Umweltausschuß berät die IHK-Vollversammlung in Umweltfragen und vertritt die IHK in diesen Fragen auch gegenüber der Öffentlichkeit.

✍️ Ebenfalls in unserem Büro in Paderborn hat am 1. März 2003 Herr Rechtsanwalt **Josef Heimann, LL.M. Eur.** seine Tätigkeit aufgenommen. Er ist in Lippstadt geboren und hat in Münster und Paris studiert. Neben seinem rechtswissenschaftlichen Studium an der Universität Münster absolvierte er den Zusatzstudiengang „Fachspezifische Fremdsprachenausbildung für Juristen (Fachsprache Französisch)“. Nach dem 1. juristischen Staatsexamen nahm Herr Heimann ein einjähriges Aufbaustudium zum europäischen und internationalen Recht an der Universität Bremen auf. Dieses beinhaltete ein dreimonatiges Praktikum bei der Europäischen Kommission in Brüssel. Das Aufbaustudium schloss er mit dem akademischen Titel „Magister Legum Europae“ (LL.M. Eur.) ab. Seine Magisterarbeit bei Prof. Dr. Bengt Beutler zum Thema „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr – der neue Titel IV EGV“ wurde 1999 veröffentlicht. Das Referendariat absolvierte Herr Heimann im Landgerichtsbezirk Münster; während seiner viermonatigen Wahlstation arbeitete er in einer Londoner Anwaltskanzlei. Anschließend fertigte er als Stipendiat der Deutschen Forschungsgemeinschaft im Rahmen des Graduiertenkollegs „Rechtsfragen des europäischen Finanzraums“ an der Universität Bonn bei Prof. Dr. Wulf-Henning Roth eine Dissertation zum Thema „Zwingender Verbraucherschutz und Grundfreiheiten im Bereich der Finanzdienstleistungen“ an. Das Promotionsverfahren wird in Kürze

abgeschlossen sein. Herr Heimann ist vornehmlich auf dem Gebiet des Zivilrechts, insbesondere des Gesellschaftsrechts, tätig.

☞☞ **Dr. Kramer** wurde von der Rechtsanwaltskammer Hamm im Februar 2003 die Berufsbezeichnung Fachanwalt für Arbeitsrecht verliehen.

☞☞ **Dr. Klindt** wurde von der Rechtsanwaltskammer Hamm im Februar 2003 die Berufsbezeichnung Fachanwalt für Verwaltungsrecht verliehen.

☞☞ Des weiteren wurde **Dr. Klindt** vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit in eine 10-köpfige Sachverständigenkommission berufen, die Zweifelsfragen bei der anstehenden gesetzgeberischen Umsetzung der neuen EG-Produktsicherheitsrichtlinie in deutsches Recht klären soll.

☞☞ **Dr. Kruse** wurde im Mai 2003 durch die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld aufgrund der durch Herrn Prof. Dr. Wolfgang Oehler (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung) betreuten Dissertation „Rechtstreue und lauterer Wettbewerb - Das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im deutschen Wettbewerbsrecht“ mit der Note „magna cum laude“ promoviert. Die Arbeit wurde durch ein Stipendium der Friedrich-Naumann-Stiftung gefördert und wird demnächst im Peter Lang Verlag erscheinen und im Buchhandel erhältlich sein.

☞☞ **Prof. Dr. Piltz** hat als Vize-Präsident der Argentinisch-Deutschen Juristenvereinigung im Juni 2003 eine Konferenz in Frankfurt geleitet, die insbesondere den Default der argentinischen Staatsanleihen zum Gegenstand hatte und denkbare Handlungsalternativen für Anleger in rechtlicher Hinsicht beleuchtet hat.  
In der NJW 2003, 2056 hat **Prof. Dr. Piltz** die „Neuen Entwicklungen im UN-Kaufrecht“ dargestellt.

---