

## NEUE RECHTSENTWICKLUNGEN

14. Jahrgang Nr. 2

Juli 2006

### EDITORIAL

Liebe Leserinnen und Leser,

in diesen Zeiten ist es häufig schwer, Menschen für andere Dinge als schwarz-weiße Lederbälle zu begeistern. Trotz Weltmeisterschaftsfieber ist es uns aber gelungen, bei den Kollegen der Sozietät Beiträge für den aktuellen Mandantenrundbrief zu sammeln:

Nach zwei aktuellen Hinweisen zu Themen früherer Mandantenrundbriefe berichtet *Frau Dr. Pirscher* (Bielefeld) eingangs über die Gestaltung der sog. „Arbeit auf Abruf“, einem zunehmend häufiger nachgefragten Mittel der Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen. Aus der Feder unseres Bielefelder Partners *Dr. Jörg König* stammen die drei anschließenden Beiträge zum Mietrecht. *Dr. Jürgen Löbbe* (Bielefeld) berichtet über eine neue Entwicklung in der Rechtsprechung zur Vermittlung von Kapitalanlagen. Der Rechtsschutz des Bieters bei der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand ist Gegenstand des Beitrages von *Dr. Martin Dippel* (Paderborn). Welchen Handlungsbedarf die bevorstehende Erhöhung der Umsatzsteuer auslöst, können Sie nachlesen im Beitrag unseres Detmolder Kollegen *Dr. Jens Hoffmann*. Über Chancen und Risiken von Schiedsvereinbarungen in Verträgen mit internationalem Bezug berichtet Herr *Prof. Dr. Burghard Piltz* (Gütersloh). Wir schließen den Rundbrief mit Hinweisen zum neuen Europäischen Vollstreckungstitel: *Birgit Brackhane* (Gütersloh) berichtet über die Handlungsmöglichkeiten der Gläubiger und über die Risiken für Schuldner bei Forderungen aus grenzüberschreitenden Sachverhalten.

Es würde uns freuen, wenn Sie nach den spannenden WM-Spielen die Zeit finden, einen Blick in unseren Rundbrief zu werfen!

Mit herzlichen Grüßen!



## An diesen Standorten sind wir für Sie da:

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

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

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

## INHALT

Entwarnung: Keine Rentenversicherungspflicht für selbständige Geschäftsführer mittelständischer GmbH's .....	2
Arbeitsrecht: Altersbefristung unwirksam .....	2
Neue Gestaltungsmöglichkeiten bei der Abrufarbeit .....	3
Mietrecht: Verjährung von Kautionsansprüchen.....	5
Mietrecht: Darf der Vermieter dem säumigen Mieter Strom, Wasser und Heizung abstellen? .....	5
Nebenkostenabrechnung nach Mietminderung.....	6
Risiko des Unternehmers bei Beauftragung durch Wohnungseigentumsgemeinschaft gestiegen .....	8
Vermittlung von Kapitalanlagen – Bundesgerichtshof klärt internen Streit.....	9
Pflicht zur Herausgabe von Quellcodes .....	11
Zulässigkeit von Werbeaussagen: „Produktionsunternehmen“ und „gehört zu den wachstumsstärksten Unternehmen der Branche“ .....	12
Abwerben von Mitarbeitern .....	13
Aktuelles zum Bieterrechtsschutz im Vergaberecht .....	13
Versorgungsausgleichszahlungen eines Beamten sind Werbungskosten .....	15
Handlungsbedarf aufgrund der bevorstehenden Umsatzsteuererhöhung .....	16
Neues zur Mineralölsteuererstattung bei Zahlungsunfähigkeit eines Kunden .....	17
Neue Rechte für Schiedsverfahren .....	17
Neuer Europäischer Vollstreckungstitel.....	19
Wir über uns.....	20

## **Entwarnung: Keine Rentenversicherungspflicht für selbständige Geschäftsführer mittelständischer GmbH's**

In unserem zurückliegenden Mandantenrundbrief (April 2006, Seite 12) hatten wir berichtet von einem Urteil des Bundessozialgerichts vom November 2005, das im Ergebnis zur Rentenversicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern geführt hätte. Der Gesetzgeber hat diesen Vorstoß des Bundessozialgerichts sofort gestoppt. Im „Haushaltsbegleitgesetz“ vom Juni 2006 ist eine Klarstellung ins Sozialgesetzbuch VI eingefügt worden, die das Problem jedenfalls für den Mittelstand löst.

Das Bundessozialgericht hatte § 2 SGB VI wörtlich verstanden. Auch ein Geschäftsführer sei als Selbständiger rentenversicherungspflichtig, wenn er selbst keine sozialversicherungspflichtigen Mitarbeiter beschäftige und auf Dauer nur für einen Auftraggeber (nämlich die GmbH) tätig sei. Das gilt für die meisten selbständigen Geschäftsführer mittelständischer GmbH's.

Der Gesetzgeber hat diese Vorschrift jetzt durch einen „Trick“ entschärft: Zu Gunsten des selbständigen Geschäftsführers gelten die Mitarbeiter der GmbH als seine Mitarbeiter und die Auftraggeber der GmbH als seine Auftraggeber, soweit es um die Feststellung der Rentenversicherungspflicht geht.

Das bedeutet: Wenn die GmbH mehrere sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer beschäftigt und die GmbH für mehrere Auftraggeber arbeitet, besteht keine Rentenversicherungspflicht des selbständigen Geschäftsführers. Es bleibt bei der seit vielen Jahren bekannten Frage, ob der Geschäftsführer der GmbH „Selbständiger“ ist, also im wesentlichen frei über Zeit und Ort seiner Arbeit bestimmen kann. Insoweit gelten weiter die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Mit der gesetzlichen Neuregelung ist jetzt verhindert, dass die selbständigen Geschäftsführer in der Rentenversicherung automatisch pflichtversichert sind.

Dr. Bernhard König  
Detmold

## **Arbeitsrecht: Altersbefristung unwirksam**

In unserem Mandantenrundbrief aus Dezember 2005 hatten wir bereits darauf hingewiesen, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) im November 2005 festgestellt hat, dass die erleichterte Befristungsmöglichkeit für Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, europarechtswidrig ist. Der EuGH hatte die nationalen Gerichte angewiesen,

dies bis zum Inkrafttreten einer europarechtskonformen Neuregelung zu beachten. Dieser Rechtsauffassung hat sich jetzt das Bundesarbeitsgericht mit einem Urteil vom 26.04.2006 angeschlossen. Das Bundesarbeitsgericht führt ergänzend aus, dass solche Arbeitgeber, die bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 22.11.2005 auf die Wirksamkeit der nationalen Befristungsregelung vertraut hatten, keinen Vertrauensschutz genießen. Es bleibt daher bei unserer dringenden Empfehlung, keinesfalls von den erleichterten Befristungsmöglichkeiten für ältere Arbeitnehmer Gebrauch zu machen.

Im Falle einer Neueinstellung sollte auf die derzeit noch vom Gesetzgeber angebotene reine Zeitbefristung für die Dauer von maximal zwei Jahren nach § 14 Abs. 2 TzBfG zurückgegriffen werden. Bestehen sachliche Gründe für die Befristung des Arbeitsverhältnisses, ist die Befristung von Arbeitsverträgen gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG möglich. Solche Befristungen sollten jedoch vorher auf die Tragfähigkeit der sachlichen Gründe hin dringend überprüft werden.

Dr. Sören Kramer  
Detmold

### **Neue Gestaltungsmöglichkeiten bei der Abrufarbeit**

§ 12 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) erlaubt Vereinbarungen, wonach der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (sog. „Arbeit auf Abruf“). Wird eine Arbeit auf Abruf vereinbart, muss die Dauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit vertraglich festgelegt werden. Geschieht dies nicht, gelten als gesetzliche Mindestregelungen eine wöchentliche Arbeitszeit von zehn Stunden und eine tägliche Arbeitszeit von mindestens drei Stunden pro Abrufstag. Für diese Mindestzeiten muss der Arbeitgeber auch dann die Vergütung zahlen, wenn er die Arbeitsleistung nicht abgerufen hat.

Bei der Durchführung der Arbeit auf Abruf muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilen. Abweichende Regelungen – auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers – können sich aus einem Tarifvertrag ergeben; nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Abrufarbeit vereinbaren, wenn sie vom Geltungsbereich dieses Tarifvertrags erfasst werden.

Die Abrufarbeit gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, einen plan- und vorhersehbaren, jedoch unter Umständen schwankenden Personalbedarf zu decken. Wirkliche Flexibilität erhält er jedoch nur dann, wenn er die wöchentliche Arbeitszeit in einer gewissen Bandbreite vereinbaren kann, sich also im Vorfeld nicht auf eine bestimmte Wochenstundenzahl festlegen muss. Erfreulicherweise hat jetzt das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 07.12.2005 neue

„Spielregeln“ aufgestellt und erkennt – ausnahmsweise – die Bedürfnisse der Arbeitgeber ausdrücklich an:

„Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse an einer gewissen Flexibilität der Arbeitsbedingungen. Die Erbringung von Arbeit in starren Arbeitszeitrastern ist heute kaum noch möglich. Kurzfristige Auftragsschwankungen erfordern flexible Arbeitszeitsysteme.“

Dieses Interesse des Arbeitnehmers an einer verlässlichen Arbeitszeit und Vergütung bringt das BAG folgendermaßen mit den Interessen des Arbeitgebers in Einklang: Hat der Arbeitgeber eine Mindestarbeitszeit pro Woche vereinbart, darf er sich im Vertrag den Abruf eines darüber hinausgehenden Anteils von bis zu 25 % der Mindestarbeitszeit vorbehalten. Bei einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit von 20 Stunden könnte er damit zusätzlich bis zu 5 Stunden flexibel abrufen. Aber auch der umgekehrte Fall ist zulässig. Der Arbeitgeber darf eine wöchentliche Höchstarbeitszeit mit einer flexiblen Verringerung um 20 % vereinbaren. Sind wöchentlich höchstens 25 Stunden vereinbart, wäre der Arbeitgeber dann berechtigt, zwischen 20 und 25 Stunden abzurufen. Und schließlich darf auch von einer „mittleren“ Arbeitszeit nach oben und unten abgewichen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass insgesamt höchstens 25 % der Mindestarbeitszeit „aufgeschlagen“ werden dürfen. In der Bandbreite von 24 bis 30 Stunden Wochenarbeitszeit, darf ein „Mittelwert“ von z.B. 27 Stunden vereinbart werden, von dem dann flexibel nach oben (bis zu 30 Stunden) und nach unten (bis zu 24 Stunden) abgewichen werden darf.

Die Parteien müssen vor der Durchführung der Abrufarbeit vertraglich festhalten, welche genaue „Sockelarbeitszeit“ mit welcher Bandbreite nach oben (25 %) und/oder unten (20 %) gelten soll. Allein aufgrund des Direktionsrechts kann der Arbeitgeber solche schwankenden Arbeitszeiten nämlich nicht anordnen. Wird die zulässige Bandbreite im Vertrag überschritten, ist die Klausel unwirksam; es bleibt nur noch, die vereinbarte Arbeitszeit im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln. Diese Unsicherheit gilt es zu vermeiden!

Vorsicht ist bei der Vereinbarung einer Abrufarbeit mit Vollzeitbeschäftigten geboten. Es ist höchststrichterlich noch nicht geklärt, ob die Abrufarbeit aufgrund der Regelung im Teilzeitrecht nur in Teilzeitarbeitsverhältnissen vereinbart werden kann. Zudem ist zu beachten, dass der Betriebsrat bei der Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochen- und Arbeitstage mitzubestimmen hat, soweit kollektive Tatbestände betroffen sind. Die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit kann mitbestimmungsfrei vereinbart werden.

Im Abruf-Arbeitsvertrag kann und sollte der Arbeitgeber auch die Verpflichtung zur Leistung von Überstunden regeln. Überstunden werden nämlich – anders als die Arbeit auf Abruf – wegen bestimmter besonderer Umstände vorübergehend zusätzlich geleistet. Ist die Leistung von

Überstunden vereinbart, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch über die vereinbarte Abrufl-Arbeitszeit hinaus in Anspruch nehmen; das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist auch hier ggf. zu beachten. Überstunden sind nach allgemeinen Grundsätzen zu vergüten, d.h. es gelten die entsprechenden tariflichen oder vertraglichen Regelungen.

Dr. Andrea Pirscher  
Bielefeld

### **Mietrecht: Verjährung von Kautionsansprüchen**

Der Kautionsanspruch des Vermieters verjährt in drei Jahren, d.h. innerhalb der neuen regelmäßigen Verjährungsfrist. Diese gilt auch für Ansprüche, die in einem laufenden Vertragsverhältnis entstehen, wie z.B. in einem langjährigen Mietvertrag.

Die mietvertragliche Verpflichtung zur Zahlung einer Sicherheitsleistung oder Hingabe einer Sicherheitsbürgschaft ist ein Anspruch, der der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren unterliegt. Dem steht auch nicht entgegen, wenn im Mietvertrag vereinbart ist, dass der Mieter die Mietsicherheit wieder auffüllen muss, wenn der Vermieter sich daraus bedient hat. Greift der Vermieter auf die Mietsicherheit zu, lebt nämlich nicht der alte Anspruch wieder auf, sondern es entsteht ein neuer Anspruch auf Ergänzung der Sicherheit, der wiederum einer eigenen Verjährungsfrist unterliegt.

Ob noch Jahre nach Mietbeginn, z.B. kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist, die Kautionsleistung verlangt werden kann, oder ob der Anspruch nach Treu und Glauben (Verwirkung) nicht mehr besteht, ist eine von der Verjährung isoliert zu sehende Fallgestaltung. Insoweit kommt es auf die Umstände im Einzelfall an.

Wenn der Vermieter dem Mieter gestatten will, die Kautionsleistung erst später zu leisten, sollte dies deshalb im Mietvertrag oder in einer – bei Gewerberaummietschriften – Nachtragsvereinbarung geregelt werden. Denn ein gestundeter Anspruch wird natürlich erst fällig und die Verjährungsfrist beginnt erst dann, wenn die Stundungsfrist abgelaufen ist.

Dr. Jörg König  
Bielefeld

### **Mietrecht: Darf der Vermieter dem säumigen Mieter Strom, Wasser und Heizung abstellen?**

Während es früher einhellige Auffassung war, dass der Vermieter auch dann, wenn der Mieter nicht zahlt, weiterhin Strom, Wasser, Wärme usw. liefern muss, weil er anderenfalls das Besitzrecht des Mieters an einer versorgten Wohnung verletze, wird in jüngerer Zeit unterschieden. Spätestens seit das Kammergericht Berlin dies entschieden hat, wird zur Recht ar-

gumentiert, dass jedenfalls dann, wenn der Mietvertrag gekündigt wurde, der Mieter aber nicht auszieht, der Vermieter nicht länger verpflichtet sei, auf seine Kosten Strom, Wasser und Wärme zu liefern. Eine abschließende Meinungsbildung hat insoweit aber noch nicht stattgefunden.

Aus Praxissicht sollte der Vermieter also erst fristlos kündigen, bevor er „die Leitungen kappt“. Auch dann muss er noch mit einer einstweiligen Verfügung rechnen, hat insoweit aber gute Chancen, dass diese entweder nicht ergeht oder aber nur gegen Auflagen, dass heißt, dass der Mieter die vereinbarten Nebenkostenvorauszahlungen leisten muss.

Dr. Jörg König  
Bielefeld

## **Nebenkostenabrechnung nach Mietminderung**

Der Bundesgerichtshof hatte bereits im April vergangenen Jahres entschieden, dass Bemessungsgrundlage der Mietminderung nach § 536 BGB die Bruttomiete sei, also die Miete einschließlich aller Nebenkosten (vgl. hierzu unseren Mandantenrundbrief aus September 2005, S. 9). Es sei unerheblich, wie die Nebenkosten bezahlt würden, ob als Pauschale oder als Vorauszahlung (über die der Vermieter innerhalb eines Jahres nach Ende der Abrechnungsperiode abrechnen muss – auch bei der gewerblichen Miete). Zu den sich hieraus ergebenden Fragen der Abrechnung wollen wir folgende Hinweise geben:

Werden die Nebenkosten pauschal gezahlt, gleichgültig, ob sie in die Miete eingerechnet werden oder neben der Nettomiete, ist die Situation einfach, weil keine Nebenkostenabrechnung stattfindet. Beispiel: 70 % der Gesamtmiete sind Miete, 30 % Nebenkostenpauschale. Darf der Mieter um 80 % mindern, trägt der Vermieter für die fragliche Zeit wirtschaftlich 10 % der Nebenkosten.

Schwieriger ist die Situation bei Nebenkostenvorauszahlungen. Wenn der Mangel, der zur Minderung berechtigt, einen Teil des Mietobjekts betrifft, der auch Nebenkosten auslöst, wie z.B. den Aufzug, könnte man auf den Gedanken kommen, dass in einem solchen Fall die Minderung auch die Nebenkostenvorauszahlung ergreift und umgekehrt. Der BGH hat allerdings in einem weiteren Urteil vom 20.07.05 festgestellt, dass der von der Bruttomiete berechnete Minderungsbetrag sei anteilig auf Grundmiete und Nebenkostenvorauszahlungen anzurechnen. Dies ist so zu verstehen, dass keine derartige Differenzierung, sondern eine quotenmäßige Verteilung zu erfolgen hat. Das bedeutet, dass der tatsächliche Minderungsbetrag in Euro erst feststeht, wenn die Jahresabrechnung vorliegt. Bis dahin ist nur die Nebenkostenvorauszahlung um den entsprechenden Prozentsatz gemindert.

Die Berechnung des Minderungsbetrags ist damit relativ einfach. Ein Beispiel: Die Miete beträgt 600,00 €, die Nebenkostenvorauszahlung 150,00 €, der Mieter darf während der gesamten Abrechnungsperiode um 15 % mindern. Die Grundmiete beträgt dann  $12 \times 600,00 \text{ €} = 7.200,00 \text{ €}$  abzüglich 15 % (= 1.080,00 €) also insgesamt 6.120,00 €. Das Ergebnis der Nebenkostenjahresabrechnung ergibt geschuldete Nebenkosten von 2.400,00 € abzüglich 15 % (= 360,00 €), verbleiben 2.040,00 € an Nebenkosten. Der Mieter schuldet damit einen Gesamtbetrag von 8.160,00 €.

Hat der Mieter die vereinbarte Miete abzüglich 15 % Minderung bezahlt, also  $600,00 \text{ €} + 150,00 \text{ €} = 750,00 \text{ €}$  *.i.*  $112,50 \text{ €} = 637,50 \text{ €}$  monatlich  $\times 12 = 7.650,00 \text{ €}$ , verbleibt eine Nachforderung des Vermieters von 510,00 €.

Bestand das Minderungsrecht nur vorübergehend, ist es sinnvoll, die Grundmiete und die laut Jahresabrechnung zu zahlenden Nebenkosten taggenau abzurechnen, also das Jahresergebnis jeweils durch 365 zu teilen. (Bei der Nebenkostenabrechnung wird nicht in Banktagen gerechnet.) Anschließend ist die Minderungsquote abzuziehen. Vom verbleibenden Gesamtbetrag sind die vom Mieter insgesamt für das Jahr erbrachten Zahlungen zu subtrahieren.

Komplizierter wird es, wenn die Minderungsquote streitig ist. Wegen der Jahresfrist, innerhalb derer die Abrechnung vorzulegen ist, muss der Vermieter die seiner Meinung nach richtige Abrechnung erstellen. Er muss sie dann umgehend nach Abschluss des Rechtsstreits über die Minderung neu erteilen, sofern nicht das Thema im Rechtsstreit entschieden oder verglichen wurde. Um nicht Gefahr zu laufen, eine etwaige Nachforderung wegen Verspätung nicht mehr geltend machen zu dürfen, sollte der Vermieter nach Abschluss des Rechtsstreits nicht länger als einen Monat mit der Neuerstellung der Abrechnung warten.

Stets empfiehlt es sich, eine normale Nebenkostenabrechnung zu erstellen, also so abzurechnen als gäbe es keine Minderung. Die Berechnung der Minderung sollte dann in einem Begleitschreiben erfolgen und verständlich erläutert werden.

Wichtig ist also, dass die Minderungsquote auf die Grundmiete und auf das Jahresergebnis der Abrechnung berechnet wird. Geschieht dies nicht, kommt es zwangsläufig zu Fehlern. Wenn sich die Parteien derartige Rechenwerke ersparen wollen, bleibt nur die Vereinbarung einer Brutto-Inklusivmiete oder einer Grundmiete zuzüglich Nebenkostenpauschale. Allerdings sollte sich der Vermieter dann gegen das Risiko von Kostensteigerungen absichern.

## **Risiko des Unternehmers bei Beauftragung durch Wohnungseigentümergeinschaft gestiegen**

Mit Urteil vom 02.06.2005 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass auch eine Wohnungseigentümergeinschaft rechtsfähig ist, Diese Entscheidung hat zu erheblichen Erleichterungen, in manchen Bereichen aber auch zu erheblichen Erschwernissen bis hin zu deutlichen Nachteilen geführt:

Die Rechtsfähigkeit beginnt mit dem Entstehen einer Wohnungseigentümergeinschaft nach den Vorgaben des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG). Aber auch so genannte werdende Eigentümergeinschaften, die regelmäßig beim Erwerb von Wohnungseigentum von einem Bauträger auftreten, müssen Verwaltungsvermögen bilden. Auch solche Gemeinschaften sind deshalb teilrechtsfähig, obwohl ihre Mitglieder noch nicht (alle) im Grundbuch eingetragen sind. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann nunmehr als solche klagen und verklagt werden, ohne dass es auf den aktuellen Mitgliederbestand ankommt. Zustellungen können an den Verwalter bewirkt werden.

Eine der zentralen Konsequenzen der Teilrechtsfähigkeit ist, dass die Wohnungseigentümergeinschaft selbst als Trägerin des Verwaltungsvermögens anzusehen ist, soweit sie im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt. Dieses Vermögen steht im Eigentum des Verbands der Wohnungseigentümer. Dazu zählen insbesondere sämtliche Forderungen, die dem Verband zustehen, vor allem Wohngeldschulden der Eigentümer aus Abrechnungen, Wirtschaftsplänen und Sonderumlagen sowie alle Forderungen aus vertraglichen Beziehungen, bei denen der Verband selbst Vertragspartner ist. Das heißt, es gibt jetzt zwei Arten von gemeinschaftlichem Eigentum, nämlich wie bisher das den Miteigentümern in Mitberechtigung zustehende gemeinschaftliche Eigentum an den gemeinschaftlichen Räumen und Gebäudebestandteilen (echtes Immobilieneigentum) sowie das erwähnte Verbandsvermögen. Am Verbandsvermögen stehen den einzelnen Wohnungseigentümern keinerlei Eigentümerrechte zu. Sie sind lediglich für die Zeit ihrer Eigentümerstellung Mitglied dieses Verbandes. Beide Vermögensmassen müssen daher strikt voneinander getrennt betrachtet werden. Über das Verbandsvermögen verfügt der Verband, vertreten durch den Verwalter. Beim Verkauf eines Wohnungseigentums kann der Anteil am Verbandsvermögen daher nicht (mehr) übertragen werden, da der Veräußerer keinen übertragbaren Anteil besitzt.

Die Wohnungseigentümergeinschaft kann nun selbst Verträge mit Dritten abschließen, unabhängig vom aktuellen Mitgliederbestand. Ein erheblicher Nachteil für Vertragspartner von Wohnungseigentümergeinschaften ist hierbei, dass sich die Absicherungsmöglichkeiten von

Lieferanten, Handwerkern, die Leistungen an eine Wohnungseigentümergeinschaft erbringen, dramatisch verschlechtert haben. Sie können nicht wissen, ob die Höhe des Verwaltungsvermögens zur Befriedigung ihrer Forderungen ausreicht. Anzunehmen, die Pfändung von möglicherweise mehreren Hundert Beitragsforderungen der Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber ihren Mitgliedern stelle eine ausreichende, attraktive und leicht zu realisierende Ersatzmöglichkeit dar, wäre illusorisch. Eine Bauhandwerkersicherungshypothek ist keine Sicherungsmöglichkeit für Handwerker, weil nur noch der Verband Schuldner ist. Eingetragene Eigentümer sind jedoch die einzelnen Wohnungseigentümer. Vor allem bei größeren Aufträgen und Gemeinschaften sollten die Auftragnehmer daher auf geeignete Sicherheiten drängen, beispielsweise Bürgschaften oder die Übernahme einer persönlichen Haftung der Wohnungseigentümer. Letzteres ist bei größeren Gemeinschaften aber eher theoretischer Natur.

Die vom BGH bejahte Teilrechtsfähigkeit führt auch dazu, dass eine Eigentümergeinschaft als Inhaberin von Rechten ins Grundbuch eingetragen werden kann, beispielsweise als Gläubigerin einer Zwangssicherungshypothek. Bei der Löschung solcher eingetragener Rechte wird die Gemeinschaft in Zukunft durch den Verwalter vertreten.

Falls eine Teilfläche des gemeinschaftlichen Grundstücks veräußert oder eine Fläche hinzu erworben werden soll, kann dies weiterhin nur durch alle Wohnungseigentümer in ihrer Eigenschaft als gemeinschaftliche Eigentümer geschehen. Insoweit handelt es sich nicht um Verbandsvermögen der Eigentümergeinschaft. Auch eine Vertretung durch den Verwalter als Organ des Verbandes scheidet aus. Insoweit sind jedoch abweichende Gestaltungen denkbar.

Dr. Jörg König  
Bielefeld

## **Vermittlung von Kapitalanlagen – Bundesgerichtshof klärt internen Streit**

Am 25.04.2006 hat der XI. Senat des Bundesgerichtshofes (BGH) vier Urteile verkündet, mit denen der für Banken und Anleger gleichermaßen unerfreuliche Konflikt zwischen dem II. Senat und XI. Senat insbesondere für die Kreditfinanzierung von Fondsbeteiligungen geklärt wurde. Der II. Senat, zuständig für den Bereich des Gesellschaftsrechts, hatte für den Bereich der Immobilienfonds eine gegenüber dem für das Kreditrecht zuständigen XI. Senat deutlich anlegerfreundlichere Rechtsprechung vertreten.

Im Vorfeld der Entscheidungen vom 25.04.2006 hatte eine Abstimmung zwischen den Vorsitzenden beider Senate stattgefunden. Ergebnis dieser Abstimmung war, dass sich die Senate darauf einigten, jeweils nur die für ihren Zuständigkeitsbereich (Gesellschaftsrecht bzw. Kreditrecht) einschlägigen Fragen in eigener Verantwortung zu entscheiden und im Übrigen für den Bereich, in dem die Senate jeweils nicht zuständig waren (also der II. für das Kreditrecht und

der XI. für das Gesellschaftsrecht) die Argumentationen und Wertungen des jeweils anderen Senats zu akzeptieren. Damit war eine komplette Aufgabe der in der Regel anlegerfreundlicheren Positionen des II. Senats für den Bereich des Kreditrechts verbunden. Grundsätzlich bleibt es zwar in den Fällen, in denen nicht der Fonds, sondern der jeweilige Anleger die Darlehen selbst aufgenommen hat, dabei, dass die einem Treuhänder erteilten Vollmachten wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig sind. Etliche weitere anlegerfreundliche Positionen, die bisher vom II. Senat vertreten wurden, wurden damit verworfen. Im einzelnen:

1. Auch für den Bereich der Immobilienfonds bleibt die Anwendung bestimmter Verbraucherschützender Vorschriften ausgeschlossen, wenn für das Darlehen ein Grundpfandrecht als Sicherheit bestellt wurde (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 Verbraucherkreditgesetz). Dies gilt selbst dann, wenn im Rahmen der Finanzierung nicht ein neues Grundpfandrecht bestellt wurde, sondern ein vom Voreigentümer bereits bestelltes Recht übernommen wurde.

2. Hat der Treuhänder die Originalvollmacht des Anlegers der Bank vorgelegt, wird die Bank trotz Unwirksamkeit der Vollmacht in ihrem Vertrauen auf den rechtlichen Bestand der Vollmacht geschützt. Das beruht auf der Anwendung der §§ 171, 172 BGB, die der II. Senat zuvor für unanwendbar erklärt hatte.

3. Es gelten im Verhältnis des Gesellschafters zur Kredit gebenden Bank die so genannten Grundsätze der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Zweck dieser Grundsätze ist es, im Interesse des Rechtsverkehrs (d.h. im Interesse der Gläubiger des Fonds) für die Vergangenheit Bestandschutz auch dann zu gewähren, wenn der Beitritt des einzelnen Gesellschafters fehlerhaft war. Der Fehler kann z.B. darin bestehen, dass eine Vollmacht unwirksam war oder der Beitritt des Anlegers auf einer Täuschung beruhte. Der II. Senat hatte entschieden, dass der Gesellschafter in solchen Fällen bei der etwaigen Rückabwicklung gegenüber einer Bank statt der Rückzahlung des Darlehensbetrages seinen Geschäftsanteil an dem Fond der Bank übertragen kann, jedoch nicht verpflichtet ist, die Darlehensvaluta zurückzuzahlen. Der XI. Senat stellt jetzt klar, dass diese Beschränkung nicht gilt mit der Folge, dass der Gesellschafter/Anleger auch in solchen Fällen seinen Geschäftsanteil behält und zahlen muss.

4. Schließlich liegt eine wirksame Auszahlung des Darlehens auch dann vor – entgegen der Rechtsprechung des II. Senats –, wenn das Darlehen nicht an den Gesellschafter, sondern an den Fond ausgezahlt wurde, sofern eine entsprechende Weisung des Darlehensnehmers vorliegt.

Nicht alle zwischen dem II. und XI. Senat strittigen Fragen sind bereits mit den Urteilen vom 25.04.2006 entschieden worden. Es zeichnet sich aber ab, dass der XI. Senat alle bisher von ihm vertretenen Positionen in Zukunft durchsetzen wird. Die Möglichkeit für den XI. Senat

dazu besteht aufgrund der künftigen (ausschließlichen) Zuständigkeit für den Bereich des Kreditrechts. Soweit bekannt, wurden auch bereits anhängige Verfahren beim II. Senat auf den XI. Senat verlagert. Für den XI. Senat ist auch insoweit die aus dessen Sicht bestehende „Gefahr“ gebannt, dass der II. Senat abweichende Grundsätze vertreten wird. Er wird dazu keine Gelegenheit mehr bekommen.

Zu begrüßen ist insgesamt, dass eine Klärung dieser strittigen Punkte erfolgt ist, denn es ist für jeden Rechtsanwender unerträglich, wenn innerhalb des höchsten deutschen Zivilgerichts unterschiedliche Ansichten vertreten werden. Die Linie, auf der die Einigung vom BGH stattgefunden hat, ist gleichwohl für Anleger ungünstig. Da der XI. Senat diese Linie in Zukunft durchsetzen wird, sind Anleger gut beraten, ihr künftiges Verhalten an diese Situation anzupassen.

Dr. Jürgen Löbbe  
Bielefeld

## **Pflicht zur Herausgabe von Quellcodes**

Sowohl bei Softwareprojekten als auch bei der Gestaltung von Internetseiten kommt es zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer immer wieder zu Streitigkeiten bezüglich der Herausgabe des Quellcodes. Regelmäßig stellen Softwarehäuser und Werbeagenturen nur den sog. Objektcode zur Verfügung. Dieser genügt zwar, um die Software auf dem eigenen Rechner einzusetzen oder die erstellten Internet-Seiten auf den eigenen Server hochzuladen, für eine nachträgliche Veränderung genügt die Kenntnis des Objektcodes jedoch nicht. Aus diesem Grunde geben Softwareunternehmen auch ungern den Quellcode aus der Hand, weil andernfalls die Gefahr besteht, das nicht allgemein bekannte Know-how offen gelegt werden muss und möglicherweise ein Dritter mit der lukrativen Wartung und fortlaufenden Anpassung der Software beauftragt wird. Andererseits haben die Auftraggeber oft ein berechtigtes Interesse daran, sich beispielsweise abzusichern, dass unter bestimmten Umständen der Quellcode zur Verfügung steht – etwa wenn das Softwareunternehmen in die Insolvenz gerät und die Wartung nicht mehr selbst übernehmen kann oder soll.

Es empfiehlt sich dringend, bei Vertragsschluss schriftlich zu vereinbaren, ob die Herausgabe von Quell- und Objektcode oder nur des Objektcodes geschuldet ist. Als Mittelweg bietet sich der Abschluss einer Escrow-Vereinbarung an, bei der die Parteien vereinbaren, den Quellcode bei einem Treuhänder – etwa einem Rechtsanwalt – zu hinterlegen, der den Quellcode nur unter bestimmten vorher festgelegten Umständen nach Anhörung der Parteien an den Auftraggeber herausgibt.

Fehlt es an einer ausdrücklichen vertraglichen Einigung, ist durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien gewollt haben. Der Bundesgerichtshof und mit ihm seitdem die meisten Instanzgerichte stellen unter anderem darauf ab, ob die Höhe der Vergütung etwa für eine Pflicht zur Überlassung des Quellcodes spricht. Wenn der Quellcode herauszugeben ist, liegt die Vergütung regelmäßig deutlich höher als wenn nur der Objektcode geschuldet wäre. Es ist auch zu berücksichtigen, ob der Auftraggeber für den Auftragnehmer erkennbar auf den Quellcode angewiesen ist, zum Beispiel weil er eigene Anpassungen an weitere bestehende Systeme vornehmen soll. Möchte der Auftraggeber die Software selbst weiter vermarkten und hat der Auftragnehmer keinerlei Interesse mehr an der einmal erstellten Software, so spricht dies ebenfalls für eine Herausgabepflicht.

Die Rechtseinräumung ist aber grundsätzlich zu Gunsten des Urhebers (Auftragnehmers) restriktiv auszulegen. Wenn also keine besonderen Anhaltspunkte bestehen, ist der Quellcode nicht herauszugeben. Dies gilt erst recht, wenn ein Wartungsvertrag für die Software abgeschlossen wurde, denn dann kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer die Änderung und Anpassung der Software verlangen und ist im Normalfall ausreichend geschützt.

Dr. Sebastian Meyer, LL.M.  
Bielefeld

### **Zulässigkeit von Werbeaussagen: „Produktionsunternehmen“ und „gehört zu den wachstumsstärksten Unternehmen der Branche“**

Das OLG Köln hat zu den in der Überschrift genannten Werbeaussagen entschieden, dass auch der, der die eigentliche Fertigung des Produkts Lohnherstellern überlässt, aber die Rohstoffe bestimmt, die Rezepturen vorgibt und die Endkontrolle des Produkts durchführt, Hersteller sei und sich deshalb als „Produktionsunternehmen“ bezeichnen dürfe, ohne dass die Verbraucher irreführt werden. Entschieden wurde dies am Beispiel eines Kosmetikunternehmens. Die Arbeitsschritte, die dieses wie aufgelistet selbst vorgenommen hatte, seien diejenigen, an die das besondere Vertrauen, das einem produzierenden Unternehmen entgegengebracht wird, angeknüpft. Deshalb könne es einem solchen Unternehmen nicht verwehrt sein, sich nicht nur als Herstellerin, sondern als auch Produzentin oder Produktionsunternehmen zu bezeichnen. Eine Irreführung liege nicht vor.

Wer sich als „zu den wachstumsstärksten Unternehmen der Branche“ gehörig bezeichnen wolle, müsse mit einer gewissen Stetigkeit eine der höchsten Wachstumsraten vorweisen können.

In der selben Entscheidung hat das OLG Köln entschieden, dass man nur dann von einer „Unternehmensgruppe“ sprechen dürfe, wenn es sich um eine Anzahl von rechtlich und wirt-

schaftlich selbstständigen Betrieben, die durch die Zielsetzung und eine gleichartige Steuerung und Unternehmenskultur unter einem Begriff zusammengefasst werden, handele.

Dr. Jörg König  
Bielefeld

### **Abwerben von Mitarbeitern**

Die Frage, ob telefonische Abwerbeversuche von Mitarbeitern eines Konkurrenzunternehmens wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche begründen, war schon häufiger Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung. In einer Entscheidung vom 09.02.2005 hatte sich der Erste Senat des Bundesgerichtshofes ein weiteres Mal mit diesen Rechtsfragen zu beschäftigen: Ein Unternehmer hatte einen Personalberater mit der Suche nach neuen Mitarbeitern für den Vertrieb beauftragt. Der Personalberater nahm zu diesem Zweck zu drei Außendienstmitarbeitern eines Wettbewerbsunternehmens telefonischen Kontakt auf und unterbreitete ihnen ein Stellenangebot. Zwei der Mitarbeiter wurden auf ihren dienstlichen Mobiltelefonen und ein Mitarbeiter auf seinem dienstlichen Festnetzanschluss angerufen.

Der Bundesgerichtshof bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, dass Abwerbeversuche von Konkurrenzunternehmen – auch bei Einschaltung eines Personalberaters – grundsätzlich wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche begründen können. Der betroffene Unternehmer kann allerdings nicht verlangen, dass das Wettbewerbsunternehmen jegliche telefonische Kontaktaufnahme – auch am Arbeitsplatz – unterlässt. Telefonische Abwerbeversuche von Mitarbeitern sind wettbewerbsrechtlich dann zulässig, wenn der Anruf nicht über eine erste Kontaktaufnahme hinausgeht und das Telefonat sich grundsätzlich darauf beschränkt, das Interesse des Angerufenen an einem weiteren Gespräch festzustellen. Zulässig ist es, die zu besetzende Stelle kurz zu beschreiben und ein Gespräch außerhalb des Arbeitsplatzes zu vereinbaren. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes ist es hierbei unerheblich, ob der dienstliche Festnetzanschluss oder ein Mobiltelefonanschluss benutzt wird. Überschreitet der Gesprächsinhalt die vorstehend skizzierten Grenzen, ist sowohl die Kontaktaufnahme auf dem Festnetzanschluss als auch die Kontaktaufnahme zur regulären Arbeitszeit über Mobiltelefon wettbewerbswidrig, denn der Anrufer muss stets damit rechnen, dass er den Angerufenen bei seiner Tätigkeit für den (bisherigen) Arbeitgeber stört.

Dr. Sören Kramer  
Detmold

### **Aktuelles zum Bieterrechtsschutz im Vergaberecht**

Die öffentliche Hand ist nicht nur in Deutschland, sondern europaweit gehalten, öffentliche Aufträge nach Wirtschaftlichkeitsaspekten zu vergeben. Dabei kann es naturgemäß auch zu

fehlerhaften und – wie die Praxis zeigt – sogar manipulierten Vergabeentscheidungen kommen. Daraus ergibt sich für unterlegene Bieter der Bedarf nach einer rechtlichen Überprüfungsmöglichkeit. Der Gesetzgeber hat diesen Überprüfungsbedarf gesehen. Für diejenigen Aufträge, die eine über Deutschland hinaus wirkende Bedeutung (sog. EG-Binnenmarktrelevanz) haben, hat er die Grundlagen der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Überprüfung der Vergabeentscheidungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Durch das GWB wird ein spezieller, in der Praxis sehr effektiver Rechtsschutz vor der Vergabekammer (1. Instanz) und dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts (2. Instanz) eröffnet. Diese Regelungen, die sich aus entsprechenden EG-Richtlinien ableiten, greifen aber erst ab bestimmten „Schwellenwerten“ ein, die für Bauaufträge bei einem Auftragswert von 5 Mio. €, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der Wasser- oder Energieversorgung bei 400.000 € und für die meisten anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge – z.B. in der Entsorgungswirtschaft – bei 200.000 € liegen.

Damit nicht geregelt ist also die Frage, ob und welche Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegene Bieter in den Fällen haben, in denen der Auftragswert unterhalb der „Schwellenwerte“ liegt. Sicher ist nur, dass es auch in diesen Fällen einen Bedarf nach Rechtsschutz gibt, wobei der Weg zur Vergabekammer gerade nicht eröffnet ist. Verschiedene Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte haben sich in den letzten Monaten zu der ausgesprochen praxisrelevanten Frage geäußert, ob für die Überprüfung von Vergabeentscheidungen, denen ein Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte zugrunde liegt, der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist. Diese Entscheidungen sind zunächst sehr unterschiedlich ausgefallen, inzwischen wird die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs aber überwiegend bejaht.

Die Begründung dafür ist einleuchtend: Die eigentliche Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags (an wen, zu welchen Konditionen?) ist aufgrund der dafür geltenden rechtlichen Vorgaben des öffentlichen Haushaltsrechts öffentlich-rechtlicher Natur, selbst wenn der spätere Bau- oder Werk- oder Dienstleistungsvertrag, aufgrund dessen dann die Leistung im öffentlichen Auftrag erbracht wird, privatrechtlicher Art ist. Die haushaltsrechtlichen Bestimmungen, zu deren Einhaltung der öffentliche Auftraggeber auch bei der Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte verpflichtet ist, wirken aufgrund des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots auch über den verwaltungsinternen Bereich hinaus auch zugunsten der Bieter, so dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zwangsläufig eröffnet ist. Das – ebenfalls verfassungsrechtlich angelegte – Gebot effektiven Rechtsschutzes gebietet auch eine tatsächlich wirksame Kontrolle, so dass unterlegene Bieter ihre Rechte, soweit sie durch die Vergabeentscheidung verletzt sind, auch im Verfahren des

einstweiligen Rechtsschutzes sichern können, bevor mit einem Vertragsabschluss zu ihren Lasten vollendete Tatsachen geschaffen werden können.

In diesem Sinne haben sich inzwischen u.a. das OVG Koblenz, das OVG Münster und das OVG Bautzen geäußert. Inzwischen wird immer stärker die Forderung an den Gesetzgeber erhoben, den Rechtsschutz bei der Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte ausdrücklich im Gesetz zu regeln und ihn inhaltlich weitgehend an den im GWB geregelten Rechtsschutz für die Aufträge oberhalb der Schwellenwerte anzulehnen.

Dr. Martin Dippel  
Paderborn

### **Versorgungsausgleichszahlungen eines Beamten sind Werbungskosten**

Mit zwei Grundsatzurteilen hat der Bundesfinanzhof (BFH) jüngst zur Behandlung von Versorgungsausgleichsleistungen von Beamten an ihre geschiedenen Ehepartner Stellung bezogen. Das Gericht entschied zugunsten der Steuerpflichtigen. Es erkannte die Zahlungen als Werbungskosten an. Die Kläger waren als Beamte tätig. In notariellen Vereinbarungen hatten sie mit ihren Ehefrauen den Versorgungsausgleich ausgeschlossen. Der gesetzliche Versorgungsausgleich soll im Falle einer Scheidung die Altersversorgung des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten sichern. Hierfür muss der Ehegatte, der während der Ehe die höheren Versorgungsrechte erworben hat, diese in Höhe der Hälfte des Wertunterschiedes an den anderen Ehegatten auskehren. Das Gesetz lässt es unter bestimmten Voraussetzungen aber zu, den Versorgungsausgleich auszuschließen. Eine solche Vereinbarung hatten beide Kläger mit ihren geschiedenen Ehefrauen getroffen. Als Gegenleistung hierfür mussten sie jedoch Ausgleichszahlungen an die Ehefrauen leisten. Einer der Kläger nahm zur Finanzierung seiner Zahlung sogar ein Darlehen auf. Anschließend machten die Kläger diese Aufwendungen in ihren Einkommensteuererklärungen als (vorab entstandene) Werbungskosten geltend. Dem widersprach das Finanzamt unter Hinweis darauf, es handele sich um Kosten der privaten Lebensführung.

Der BFH erblickte demgegenüber in den Ausgleichszahlungen und den Schuldzinsen sofort abzugsfähige Werbungskosten. Denn – so das Gericht – die Kläger wollten nur vermeiden, dass ihnen im Wege des Versorgungsausgleichs ihre späteren Pensionsansprüche gekürzt werden. Es handele sich daher um Aufwendungen zur Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Diese seien als (vorab entstandene) Werbungskosten nicht erst bei dem Erreichen der Pensionsgrenze, sondern bereits im Jahr ihrer Zahlung steuermindernd zu berücksichtigen.

Dr. Jens Hoffmann  
Detmold

## **Handlungsbedarf aufgrund der bevorstehenden Umsatzsteuererhöhung**

Verbraucher und Unternehmen müssen sich in Deutschland zum 01.01.2007 auf eine Erhöhung des Umsatzsteuersatzes von 16 Prozent auf 19 Prozent einstellen. Für private Verbraucher und Kunden ohne Vorsteuerabzugsberechtigung (öffentliche Hand, Banken, Versicherungen, Ärzte u.a.) wirkt diese Steuererhöhung wie eine Definitivbelastung, da eine Vorsteuerabzugsberechtigung fehlt. Immerhin: Über eine zu späte Ankündigung der bevorstehenden Änderung kann man sich diesmal zumindest nicht beklagen. Es besteht also genügend Zeit, sich ab sofort bei der Gestaltung von Verträgen auf die Umsatzsteuererhöhung vorzubereiten.

Bei vorsteuerabzugsberechtigten Unternehmern ist der mit ihren Kunden vereinbarte Preis nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein Bruttopreis, wenn nicht eine sog. Nettopreisabsprache (z.B.: „[...] € netto zzgl. USt in gesetzlicher Höhe...“) getroffen wurde. Eine nach Vertragsschluss eingetretene Umsatzsteuererhöhung ändert daher grundsätzlich nichts an der Höhe des vereinbarten Entgelts. Der Kunde schuldet dem Unternehmer im Falle der Bruttopreisabrede auch nach der Steuererhöhung in 2007 nur den noch in 2006 vertraglich vereinbarten Bruttopreis. Dieser Umstand ist insbesondere bei Dauerleistungen und bei Leistungen zu beachten, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken. Die Folge kann sonst das ungewollte Ergebnis sein, dass der Unternehmer wirtschaftlich die Umsatzsteuererhöhung trägt, obwohl sie eigentlich den Endverbraucher treffen soll. Denn für die Höhe des Umsatzsteuersatzes kommt es nicht auf den Vertragsschluss, die Rechnungserteilung oder die Vereinnahmung des Entgelts an. Entscheidend ist, wann der Umsatz ausgeführt, d.h. die Leistung erbracht wird.

Der leistende Unternehmer sollte sich nicht darauf verlassen, dass er im Einzelfall einen zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch infolge der Steuererhöhung gegenüber seinem Kunden einklagen kann (§ 29 UStG). Empfehlenswert ist es vielmehr, die bevorstehende Umsatzsteuererhöhung bereits bei der Gestaltung künftiger Verträge zu berücksichtigen. Individualvertraglich oder in engeren Grenzen auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) lassen sich umsatzsteuerliche Preisanpassungsklauseln vereinbaren. Teilweise kann es sich auch anbieten, Leistungen in verschiedene Teile aufzuteilen und getrennt auszuführen und abzurechnen. In jedem Fall sollte die bevorstehende Umsatzsteuererhöhung zum Anlass genommen werden, bestehende Vertragsentwürfe auf die Existenz wirksamer Umsatzsteuerklauseln zu überprüfen.

Dr. Jens Hoffmann  
Detmold

## **Neues zur Mineralölsteuererstattung bei Zahlungsunfähigkeit eines Kunden**

Als Verbrauchsteuer wird die Mineralölsteuer bei dem Unternehmer erhoben, der den Kraftstoff verkauft. Gleichwohl ist die Mineralölsteuer auf Überwälzung auf den Verbraucher angelegt. Um zu verhindern, dass im Falle der Zahlungsunfähigkeit eines Kunden der Mineralölhändler die Steuerlast trägt, hat das Bundesfinanzministerium (BMF) auf der Basis von § 31 Abs. 3 Nr. 4 MinöStG den § 53 MinöStV eingeführt. Nach dieser Vorschrift wird einem Händler – der bereits versteuertes Mineralöl erwirbt und weiterverkauft – die im Verkaufspreis enthaltene Mineralölsteuer auf Antrag erstattet, falls er mit seiner Forderung bei einem zahlungsunfähigen Kraftstoffempfänger ausfällt.

Notwendig ist § 53 MinöStV, weil allgemeine steuerrechtliche Billigkeitsmaßnahmen zugunsten des Mineralölhändlers nicht in Betracht kommen. Denn der Erlass oder die Vergütung von Steuern ist an die Bedingung geknüpft, dass deren Einziehung im Einzelfall sachlich und persönlich unbillig erscheint. Nach der finanzgerichtlichen Rechtsprechung ist die persönliche Unbilligkeit bei abwälzbaren Steuern aber nur selten gegeben. Denn abwälzbare Steuern sollen von vornherein einkalkulierbare Positionen darstellen. Ein Antrag gem. § 53 MinöStV ist in der Praxis zudem an zahlreiche Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere muss vor der Stellung eines Steuererstattungsantrags die gerichtliche Geltendmachung der Kaufpreisforderung durch Klage oder Mahnverfahren versucht worden sein. Hierbei ist Eile geboten: Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs (BFH) ist die Verfolgung spätestens zwei Monate nach der Belieferung des Kunden einzuleiten.

Diese ohnehin strenge Judikatur hat der BFH jüngst noch einmal verschärft. Nach einem neuen Urteil verliert der Mineralölhändler seinen Steuervergütungsanspruch auch dann, wenn er die zweimonatige Frist nur deshalb verstreichen lässt, weil er von der sicheren Insolvenz seines Abnehmers ausgeht. Auch bei einer zu erwartenden Insolvenz, so der BFH, reiche es nicht aus, auf die gerichtliche Geltendmachung des Kaufpreisanspruchs zu verzichten und die Kaufpreisforderung gegen den Abnehmer nur zur Insolvenztabelle anzumelden. Für einen Mineralölhändler kann diese Rechtsprechung freilich bedeuten, eine wirtschaftlich aussichtslose Rechtsverfolgung durchführen zu müssen, damit sein Steuervergütungsanspruch aus § 53 MinöStV nicht an formellen Antragserfordernissen scheitert.

Dr. Jens Hoffmann  
Detmold

## **Neue Rechte für Schiedsverfahren**

Eine Reihe nationaler Gesetzgeber (so etwa in Chile, Dänemark, Estland, Malaysia, Österreich und Polen) hat in jüngster Zeit die Vorschriften zur Schiedsgerichtsbarkeit umfassend

novelliert (siehe auch den Beitrag im Mandantenrundbrief Nr. 2/2005 zur Schiedsgerichtsbarkeit in China). Ganz überwiegend orientieren sich die neuen Schiedsgesetze an dem Modellgesetz der UN-Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL). Für Unternehmen eröffnen sich damit vielfältige neue Gestaltungsmöglichkeiten, die es lohnen, die Option einer schiedsgerichtlichen Streitbeilegung in Betracht zu ziehen.

Die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes empfiehlt sich namentlich für internationale Rechtsstreitigkeiten. Allerdings hat das polnische Schiedsrecht sogar eine bedingte Schiedsfähigkeit für rein nationale arbeitsrechtliche Streitigkeiten eingeführt.

Für die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes anstelle eines nationalen staatlichen Gerichtes spricht etwa:

- Der Verfahrensablauf kann ungleich weitergehend von den Parteien gestaltet werden, als dies vor einem staatlichen Gericht möglich ist. So können die Parteien sich etwa verständigen, dass ein Schiedsverfahren in deutscher und/oder in englischer Sprache geführt wird.
- Das Schiedsverfahren ist neutraler und daher international konsensfähiger als ein Verfahren vor einem staatlichen Gericht. Zudem ist in deutlich weitergehendem Umfang eine „Waffengleichheit“ der Parteien gewährleistet.
- Schiedsverfahren finden in der Regel unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt und gewährleisten daher eine besondere Vertraulichkeit.
- Die sonst in internationalen Verfahren häufig auftretenden Probleme zum internationalen Privat- und Verfahrensrecht werden ganz erheblich reduziert.
- Vor einem Schiedsgericht kann sich jede Partei von einem Anwalt ihrer Wahl vertreten lassen und ist demzufolge nicht auf die Beauftragung lokaler Anwälte angewiesen.
- „Überraschungen“ durch die Vollstreckung im Ausland ergehender nachteiliger Urteile können weitgehend ausgeschlossen werden. Der Europäische Vollstreckungstitel (vgl. hierzu den nachstehenden Beitrag) ist bei Schiedsurteilen nicht anwendbar.

Selbstverständlich sind mit Vereinbarung eines Schiedsverfahrens auch Konsequenzen verbunden, die im konkreten Fall möglicherweise als Nachteil empfunden werden mögen, so dass vor Entscheidung für oder gegen die Schiedsgerichtsbarkeit ggf. eine nähere Abwägung vorgenommen werden sollte.

Wenn auch durch die o.g. neuen Schiedsrecht-Novellierungen eine weitere Öffnung für die Schiedsgerichtsbarkeit erkennbar wird, empfiehlt sich für die internationale Praxis allerdings nach wie vor, anstelle national verankerter Schiedsgerichtsbarkeiten eines der bekannten, international administrierten Schiedsgerichte zu wählen wie etwa die Schiedsgerichtsbarkeit der ICC (International Chamber of Commerce), der LCIA (London Court of International Arbitration), der DIS (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit) oder sonstiger Organisationen, die gewährleisten, dass die Benennung der Schiedsrichter jeweils durch die Parteien erfolgt und diese den Schiedsort, die Sprache des Schiedsverfahrens und das anwendbare Recht festlegen können.

Bei der Formulierung von konkreten Schiedsvereinbarungen stehen der Unterzeichner sowie die Kollegen der Sozietät gerne zur Verfügung.

Prof. Dr. Burghard Piltz  
Gütersloh

## **Neuer Europäischer Vollstreckungstitel**

Seit dem 21.10.2005 ist mit Inkrafttreten der EG-Verordnung Nr. 805/2004 zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels die Vollstreckung unbestrittener Zahlungsforderungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (außer Dänemark) ganz erheblich erleichtert worden.

Aus den Mitgliedstaaten stammende Urteile, gerichtliche Vergleiche und öffentliche Urkunden, aber auch anwaltliche Vergleiche, wenn sie bei Gericht hinterlegt worden sind, können in der Europäischen Union nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar vollstreckt werden, ohne dass wie bisher zunächst ein Anerkennungsverfahren im Vollstreckungsstaat durchlaufen werden muss. Dies gilt im Übrigen auch, wenn es um eine Forderung zwischen inländischen Parteien geht, aber in Vermögensgegenstände im EU-Ausland vollstreckt werden soll.

Als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt werden können dabei solche Titel, die auf Zahlung eines Geldbetrags lauten. Die Forderung muss zudem unbestritten geblieben sein: Dies ist natürlich der Fall, wenn der Schuldner die Forderung ausdrücklich anerkannt hat; als unbestritten gilt eine Forderung aber auch dann, wenn der Schuldner ihr im gerichtlichen Verfahren nicht widersprochen hat oder ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen hat. Ein deutscher Beklagter muss also, wenn er in einem im europäischen Ausland stattfindenden Gerichtsverfahren die Forderungen unkommentiert gelassen hat, damit rechnen, dass diese als „unbestritten“ angesehen wird und alsbald der Gerichtsvollzieher mit einem Europäischen Vollstreckungstitel bei ihm vorspricht.

Das Verfahren zur Erlangung des Europäischen Vollstreckungstitels ist unbürokratisch: Das Gericht, das das betreffende Urteil gefällt bzw. den Vergleich aufgenommen hat, bestätigt diesen Titel auf Antrag – der im Übrigen bereits vorsorglich bei Klageerhebung gestellt werden kann - als Europäischen Vollstreckungstitel; bei öffentlichen Urkunden ist der Antrag regelmäßig an die Stelle zu richten, die die Urkunde geschaffen hat. Erste Erfahrungen haben gezeigt, dass es die Bearbeitung beschleunigen kann, wenn die derzeit in der Anwendung der Verordnung noch wenig erfahrenen Gerichte bzw. zuständigen Stellen auf die Fundstelle der Verordnung im Amtsblatt (ABl. EG Nr. L 143 vom 10.04.2004, S.15-39) hingewiesen werden, an der sich die erforderlichen Formblätter befinden.

Der Schuldner wird zur Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel nicht angehört. Auch Rechtsbehelfe sind grundsätzlich nicht vorgesehen. Die Bestätigung kann allenfalls in Ausnahmefällen und nur unter engen Voraussetzungen berichtigt oder widerrufen werden. Entsprechende Anträge müssen dann jedoch bei der (aus Sicht des deutschen Schuldners in der Regel ausländischen) Stelle gestellt werden, die die Bestätigung erteilt hat.

In Zukunft wird also die Vollstreckung deutscher Titel im EU-Ausland wesentlich einfacher und schneller durchzuführen sein. Gleichzeitig besteht aber natürlich auch die Gefahr, von einem im EU-Ausland ergangenen Europäischen Vollstreckungstitel überrascht zu werden. Wenn ein im Ausland anhängiges gerichtliches Verfahren schon bisher nicht unbeachtet gelassen werden konnte, gilt dies umso mehr nach Einführung des Europäischen Vollstreckungstitels.

Den neuen Vollstreckungsmöglichkeiten sollte auch im Wege der vorausschauenden Vertragsgestaltung Rechnung getragen werden: So ist es in der Regel möglich, einen Gerichtsstand im Ausland ganz auszuschließen. Allerdings sind die Voraussetzungen dabei deutlich strenger als im inländischen Rechtsverkehr, insbesondere dann, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist. Auch im Fall einer wirksam getroffenen Schiedsgerichtsvereinbarung ist die Anwendung der Vorschriften über die Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel ausgeschlossen.

Birgit Brackhane  
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.

Herr **Dr. Martin Dippel** (Paderborn) hat auch im laufenden Sommersemester wiederum seinen Lehrauftrag für „Öffentliches Bau- und Bodenrecht“ an der Juristischen Fakultät der Universität Rostock wahrgenommen. In seiner Vorlesung befasst sich Dr. Dippel mit den öffentlich-rechtlichen Grundlagen der Bodennutzung (u.a. mit Raumplanung und Bauleitplanung), dem Recht der Bodenordnung (Umlegung, Flurbereinigung), der Bodennutzung aus umweltrechtlicher Sicht und mit dem Recht der Rohstoffgewinnung.

Herr **Dr. Dippel** ist darüber hinaus Mitautor des neuen „Beck’schen Online-Kommentars zum Umweltrecht“, dem ersten Werk dieser Art für das Umweltrecht. Der *Verlag C.H. Beck* wird das Werk in Kürze zur Online-Nutzung freigeben. Gegenstand des Kommentars sind die zentralen Umweltgesetze des Bundes, namentlich das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, das Bundesimmissionsschutzgesetz, das Wasserhaushaltsgesetz, das Bundesbodenschutzgesetz und das Bundesnaturschutzgesetz.

Der Präsident der weltumspannend tätigen, internationalen Anwaltsorganisation UIA (Union Internationale des Avocats/International Association of Lawyers), der US-Amerikaner *Delos Lutton*, hat Herrn **Prof. Dr. Burghard Piltz** (Gütersloh) zu einem seiner drei Berater berufen.

Unser Gütersloher Partner **Dr. Franz Tepper** hat am 24.04.2006 anlässlich der Vortragsveranstaltung der IHK Ostwestfalen zu Bielefeld „Kanada – Geschäftserfolg in Theorie und Praxis“ ein Referat über die rechtlichen Rahmenbedingungen im Kanada-Geschäft gehalten.

