

August 2009

Liebe Leserinnen,
liebe Leser,

nach hoffentlich wundervollen Sommerferien erwartet Sie auch heute wieder ein spannender Überblick über die neuen Rechtsentwicklungen. Passend zum Thema Urlaub haben wir einmal für Sie nach Frankreich geschaut und Ihnen die wichtigsten Neuerungen über das Doppelbesteuerungsabkommen erläutert.

Sodann werfen wir einen Blick für Sie auf die Frage, ob der vom AGG normierte Schutz vor Altersdiskriminierung auch im Kündigungsrecht Geltung beansprucht. Daran schließen sich ausführliche Neuerungen aus dem gewerblichen Mietrecht sowie des öffentlichen Baurechts an. Weiterhin schauen wir auf die Frage des Kartelleinwandes im Patentrecht und spannende Fragen aus dem Wettbewerbsrecht. Es folgt eine Information zum Anlegerschutz im Zusammenhang mit den Lehman-Geschädigten und die Übersicht zu den Änderungen im Datenschutzrecht.

Wir wünschen Ihnen noch viele schöne Sommertage und interessante Informationen bei der Lektüre.

Herzlichst Ihre Patrizia Ferrara

Neue Rechtsentwicklungen

Inhalt

Mischa Honnen / Martin Riedel

Vererben in Frankreich: Doppelbesteuerungsabkommen in KraftSeite 2

Dr. Sören Kramer

Arbeitsrecht: Betriebsbedingte Kündigungen - mehr Rechtssicherheit trotz AntidiskriminierungsschutzesSeite 3

Dr. Jörg König

Maklerprovision nur bei ausdrücklichem ProvisionsverlangenSeite 4

Dr. Jörg König

Recht des Gewerberaumvermieters zum Abstellen von Heizung und WasserSeite 5

Franz Pieper

Schwere Krankheit des Mieters kein Grund zur vorzeitigen KündigungSeite 6

Franz Pieper

Heizkostenpauschale unzulässigSeite 7

Martin Wallraf

Ausübung von Gewerbe in der MietwohnungSeite 7

Dr. Manfred Schröder

Öffentliches Baurecht: Betriebsbezogene Wohnungen weiterhin auch außerhalb der Betriebsgebäude zulässigSeite 7

Dr. Kevin Kruse

Kartelleinwand im PatentrechtSeite 8

Dr. Kevin Kruse

Wettbewerbsrecht: Unlautere Verwendung von KundendatenSeite 8

Dr. Kevin Kruse

Wettbewerbswidrigkeit von ImitationsmarketingmaßnahmenSeite 9

Martin Wallraf

Neues zum Anlegerschutz: Lehman-Geschädigter bekommt SchadensersatzSeite 9

Dr. Sebastian Meyer

Datenschutzrecht wird umfassend geändertSeite 10

Vererben in Frankreich: Doppelbesteuerungsabkommen in Kraft

Die sonnenverwöhnte Cote d'Azur zieht jährlich Hunderttausende von erholungssuchenden Urlaubern an, darunter auch zahlreiche Deutsche. Manchen von ihnen sagt das *savoir-vivre* derart zu, dass sie sich sogar dazu entschließen, Immobilienbesitz in Frankreich zu erwerben.

Wen die im Vergleich zu Deutschland doch teilweise recht hohen Kaufpreise nicht abschrecken, der wird fast überall kompetente Beratung hinsichtlich der Auswahl und des Erwerbs einer Immobilie finden. Gerät dabei bereits die französische Vermögenssteuer leicht ins Vergessen, die in Frankreich bei entsprechendem Vermögen auch von Ausländern zu zahlen ist, so werden noch weniger die Folgen eines Erbfallbesitzes im Hinblick auf die französische Immobilie bedacht.

So kann es dazu kommen, dass auf das an der Cote d'Azur gelegene Haus französisches Recht Anwendung findet, auf die deutschen und französischen Konten jedoch deutsches Erbrecht. Gerade bei testamentarischen Verfügungen ist dabei höchste Aufmerksamkeit erforderlich, da die Einsetzung eines Erben oftmals die Enterbung eines gesetzlichen Erben zur Folge hat.

Das Pflichtteilsrecht, also der Teil, auf den bestimmte gesetzliche Erben auch bei Enterbung einen Anspruch haben, ist in Deutschland und Frankreich unterschiedlich geregelt. Zudem betrachtet das französische Erbrecht für die Frage, wie viel der Pflichtteilserbe von dem Nachlass erhält, nicht den gesamten Nachlass, sondern nur den französischen Teil. Somit kann es passieren, dass der Erblasser sein Gesamtvermögen gleichmäßig und im Einklang mit dem deutschen Erbrecht unter seinen Erben aufgeteilt hat, aus Sicht des französischen Erbrechts durch Hingabe der französischen Immobilie an einen einzigen Erben jedoch die anderen Erben voll-



Bislang (und wohl auch nicht in Zukunft) gibt es kein vereinheitlichtes Erbrecht mit der Folge, dass die Frage, wer Erbe ist und wie viel einer Person zusteht, die durch ein Testament enterbt wurde, bei Anwendung von deutschem und französischem Recht mitunter unterschiedlich beantwortet wird. Zudem bestimmen sowohl das französische als auch das deutsche (internationale) Recht, dass erbrechtliche Fragen im Hinblick auf Immobilien immer nach dem Recht des Ortes zu klären sind, in dem sie belegen sind.

ständig enterbt hat. Dies führt zu dem überraschenden Ergebnis, dass der Erbe, der den deutschen Teil geerbt hat, von dem Erben, der die französische Immobilie erhalten hat, seinen Pflichtteil herausfordern kann und damit besser gestellt wird als vom Erblasser gewollt.

Selbst wenn man versucht, derartigen Problemen mit Erbverträgen zu begegnen, ist man vor bösen Überraschungen nicht gefeit. Zwar ist es seit 2007 auch nach französischem Recht möglich, die Ausschlagung der Erbschaft bereits vor dem Erbfall zu erklären. Die Ausschlagungserklärung ist jedoch an derart strikte Formen gebunden, dass Ausschlagungen, die lediglich vor einem deutschen Notar beurkundet wurden, in Frankreich keine Anerkennung finden.

Dies sind einige der Gründe, weshalb bei Immobilienbesitz in Frankreich immer eine Regelung des Nachlasses erfolgen sollte, um den Erben unangenehme Schwierigkeiten und teure Rechtsstreitigkeiten zu ersparen.

Ein weiterer Grund ergibt sich aus der Pflicht zur Zahlung von Erbschaftsteuern.

Die Erbschaftsteuerregeln in Deutschland und Frankreich unterscheiden sich dabei ganz erheblich. So müssen mittlerweile in Frankreich überlebende Ehepartner und der überlebende Partner einer PACS („*Pacte civil de solidarité* – eine Verbindung, die auch zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern möglich ist) gar keine Erbschaftsteuer mehr zahlen. Hingegen zahlen Verwandte oberhalb des 4. Grades und nicht mit dem Erblasser verwandte Personen einen Steuersatz von 60%. Gleichzeitig existiert ein Schenkungssteuerrecht, das durch seine gegenüber dem Erbschaftsteuerrecht niedrigeren Steuersätze den Erblasser motivieren soll, bereits zu Lebzeiten Schenkungen vorzunehmen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die günstigen Steuersätze ab dem 70. Lebensjahr des Erblassers reduziert werden und mit dem 80. Lebensjahr ganz verschwinden.

In Verbindung mit einem lebenslangen Nießbrauchsrecht an der zu verschenkenden Immobilie zugunsten des Erblassers kann der tatsächliche Schenkungssteuersatz gegenüber dem potentiellen Erbschaftsteuersatz im günstigsten Fall um mehr als die Hälfte reduziert werden.

Bei Immobilienbesitz im Ausland besteht jedoch darüber hinaus das Risiko, gleich zweimal Erbschaftsteuer zahlen zu müssen, nämlich an den Staat, in dem die Immobilie belegen ist, und an den Staat, in dem der Erblasser seinen Wohnsitz hatte. Im schlimmsten Fall müsste der Erbe dadurch mehr an Erbschaftsteuer zahlen, als die ererbte Immobilie tatsächlich wert ist. Oftmals bleibt dann die Ausschlagung der Erbschaft als einzige Lösung, insbesondere wenn die Immobilie nicht schnell genug verkauft werden kann, um die fälligen Erbschaftsteuern aus dem Erlös zu bezahlen.

In Frankreich muss die Erbschaftsteuererklärung innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Erblassers abgegeben werden. Zudem wird die Erbschaftsteuer nicht erst nach Erhalt des Erbschaftsteuerbescheides fällig, sondern bereits mit Ablauf der Jahresfrist. Aufgrund der nicht unerheblichen Strafsteuern bei zu später Abgabe sollte diese Frist unbedingt eingehalten werden. Sollte die Erbschaftslage zu diesem Zeitpunkt z. B. infolge von Streitigkeiten noch nicht klar sein, kann dann immer noch eine Stundungsvereinbarung mit dem Fiskus getroffen werden.

Um eine Doppelbesteuerung bei deutsch-französischen Erbfällen zu vermeiden, wurde bereits 2006 zwischen Deutschland und Frankreich ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in Nachlässen, Erbschaften und Schenkungen geschlossen. Aufgrund der späten Ratifizierung durch Frankreich trat dieses Abkommen jedoch erst am 3. April 2009 in Kraft und gilt nur für Nachlässe, bei denen der Erblasser an oder nach diesem Datum verstarb.

Das Abkommen regelt im Einzelnen, welchem Staat welche Steuern zustehen. Grundsätzlich gilt, dass derjenige Staat die Erbschafts- oder Schenkungssteuer erheben darf, in dem der Erblasser oder Schenker seinen Wohnsitz hat. Es existieren jedoch Ausnahmen für einzelne Vermögensgegenstände, mit der Folge, dass zusätzlich neben dem Wohnsitzstaat auch der andere Vertragsstaat Steuern auf diesen Vermögensgegenstand erheben darf. Dies ist z. B. bei unbeweglichem Vermögen wie Immobilien der Fall. Eine in Frankreich belegene Immobilie eines Erblassers mit Sitz in Deutschland ist daher weiterhin zunächst in beiden Staaten steuerpflichtig.

Um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden, wird die in Frankreich gezahlte Erbschaftsteuer auf die in Deutschland zu zahlende Erbschaftsteuer angerechnet. Der anzurechnende Betrag darf dabei jedoch den Teil der vor der Anrechnung ermittelten deutschen Steuer nicht übersteigen, der auf das Vermögen entfällt, für das die Anrechnung zu gewähren ist.

Die Probleme bei deutsch-französischen Erbfällen wurden somit durch das Doppelbesteuerungsabkommen zwar vermindert, aber nicht vollständig gelöst. Dies ist auch ohne eine umfassende Harmonisierung des Erb- und Steuerrechts nicht zu erwarten.

Der in Deutschland lebende Eigentümer von in Frankreich belegenen Immobilien hat daher drei Optionen bezüglich seines Nachlasses: 1. Er verkauft die Immobilie zu Lebzeiten, überträgt den Käuferlös auf ein deutsches Konto und beendet somit den grenzüberschreitenden Sachverhalt. 2. Er macht nichts und überlässt seinen Erben mit dem Nachlass auch die daraus entstehenden Probleme. 3. Er regelt frühzeitig seinen Nachlass unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und französischen Erb- und Erbschaftsteuerrechts und unter Ausnutzung der Vorteile, die eine Schenkung zu Lebzeiten und die Einräumung eines Nießbrauches bieten.

Mischa Honnen / Martin Riedel, Büro Paris |
mischa.honnen@wenner.eu

Arbeitsrecht: Betriebsbedingte Kündigungen - mehr Rechtssicherheit trotz Antidiskriminierungsschutzes

Zu den am heftigsten umstrittenen Fragen des Arbeitsrechtes gehörte nach Inkrafttreten des *Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes* (AGG) im November 2006 die Frage, ob der vom AGG normierte Schutz vor Altersdiskriminierung auch

im Kündigungsrecht Geltung beansprucht. Zentrale Streitfrage war hierbei, ob die Berücksichtigung des Alters als eines von vier Sozialkriterien des Kündigungsschutzgesetzes nicht eine unzulässige Diskriminierung jüngerer Mitarbeiter sei.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit zwei Urteilen vom 06.11.2008 und 12.03.2009 festgestellt, dass entgegen dem Wortlaut des AGG Diskriminierungsschutz bezüglich des Alters auch im Bereich des Kündigungsrechtes bestehe. In drei zentralen Fragen führen die beiden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes gleichwohl entgegen den ursprünglichen Befürchtungen zu einem erhöhten Maß an Rechtssicherheit.

1. Die Aussprache betriebsbedingter Kündigungen bei Massenentlassungen kann durch Vereinbarung einer Namensliste mit dem Betriebsrat als Anlage zum Interessenausgleich abgesichert werden. Eine derartige Namensliste hat zwei Wirkungen: Zum einen wird das Vorliegen eines Kündigungsgrundes im Prozess vermutet; zum anderen wird die soziale Auswahl lediglich auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft. Sollte es bei Durchführung der sozialen Auswahl durch Arbeitgeber und Betriebsrat nun zu einer unzulässigen Altersdiskriminierung gekommen sein, führt dies nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes nicht dazu, dass damit auch die zweite Wirkung der Namenliste, nämlich die Vermutung des Kündigungsgrundes obsolet wäre. Die Tatsache, dass eine „diskriminierende“ Namensliste damit nicht ihre vollständige Wirkung verliert, mildert die Folgen des im Kündigungsrecht etablierten Antidiskriminierungsschutzes.

2. Das Bundesarbeitsgericht hält es weiterhin für zulässig, das Sozialkriterium „Alter“, so wie es das Kündigungsschutzrecht gebietet, auch künftig bei Vornahme der sozialen Auswahl zu berücksichtigen. Dies kann auch – so der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichtes – wie bisher schon im Rahmen einer Punktetabelle erfolgen. Zwar verbietet das Antidiskriminierungsrecht grundsätzlich die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters und damit die „bevorzugte“ Entlassung jüngerer Mitarbeiter. Dieses Verbot gelte aber nur dann, wenn eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nicht im Einzelfall gerechtfertigt ist. Nach Auffassung des 2. Senates des Bundesarbeitsgerichtes ist ein Anknüpfen an das gesetzliche Kriterium „Alter“ und die damit verbundene Gewährung eines erhöhten sozialen Schutzes für ältere Arbeitnehmer objektiv und angemessen im Sinne des AGG und damit kündigungsrechtlich zulässig.

In den beiden genannten Entscheidungen hatte der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichtes über die Zulässigkeit zweier unterschiedlicher Punktetabellen zu befinden, in denen jeweils auch das Alter (neben der Betriebszugehörigkeit, den bestehenden Unterhaltspflichten sowie einer etwaigen Schwerbehinderung) mit unterschiedlichen Gewichtungen berücksichtigt wurde. Beide Punktetabellen hat das Bundesarbeitsgericht unbeanstandet gelassen, so dass hier künftig eine praktikable Handhabung für die Durchführung einer sozialen Auswahl möglich ist.

3. Mehr noch: Insbesondere bei umfangreichen Massenentlassungen ist es ein steter Wunsch der Arbeitgeber,

eine Überalterung der Belegschaft nach Durchführung der Kündigungen zu verhindern. Häufig kann dies durch eine Gewichtung des Alters (gegenüber Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten) nicht hinreichend gewährleistet werden. Aus diesem Grunde war es bislang gängige Praxis, Altersgruppen zu bilden, innerhalb derer dann im prozentualen Verhältnis zur Gesamtbelegschaft betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen wurden. Auf diese Weise konnte es erreicht werden, die Alterstruktur des Betriebes insgesamt zu erhalten (nicht: zu verbessern!).

Auch diese Altersgruppenbildung zur Bewahrung der betrieblichen Altersstruktur hat vor dem vom Bundesarbeitsgericht etablierten Antidiskriminierungsschutz im Kündigungsrecht Bestand gehabt und ist weiterhin zulässig.

Fazit:

Die in der Praxis häufig hilfreichen Namenslisten und Punktetabellen sowie die öfters zu beobachtende Altersgruppenbildung bei der Vornahme der sozialen Auswahl bleiben als arbeitsrechtliche Instrumente trotz des vom BAG etablierten Antidiskriminierungsschutzes erhalten. Die arbeitsrechtliche Praxis gewinnt damit – gerade in einer wirtschaftlich schwierigen Situation – einen erheblichen Zuwachs an Rechtssicherheit. Zu beachten ist allerdings, dass auch außerhalb von Betriebsänderungen die Verwendung eines Punkteschemas stets der Mitbestimmung eines etwa vorhandenen Betriebsrates unterliegt.

Dr. Sören Kramer, Detmold | soeren.kramer@brandi.net

Maklerprovision nur bei ausdrücklichem Provisionsverlangen

Maklerverträge können wie alle zivilrechtlichen Verträge durch ausdrückliche Erklärungen oder auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen. Insoweit sind keinerlei Formvorschriften zu beachten.

Während jedoch im allgemeinen Dienstleistungsbereich zugunsten des Dienstleistenden die gesetzliche Vermutung besteht, dass er nicht unentgeltlich tätig wird (§§ 613 BGB für das Dienstvertragsrecht, 632 BGB für das Werkvertragsrecht), hat die höchstrichterliche Rechtsprechung beim Maklerrecht andere Grundsätze entwickelt. Sie hat die gesetzlichen Voraussetzungen um eine weitere, ungeschriebene, erweitert. Danach ist es Sache des Maklers, etwaige Unklarheiten auf Seiten des Interessenten aus dem Wege zu räumen, was in der Regel nur durch ein ausdrückliches Provisionsverlangen hinreichend sicher geschehen könne.

Ein Interessent, der in Kenntnis eines derartigen eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers in Anspruch nehme, gebe damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den im Provisionsverlangen des Maklers liegenden Antrag auf Abschluss eines ihm im Erfolgsfall zur Provisionszahlung verpflichtenden Maklervertrages annehmen wolle.

Das reine Sich-Gefallen-Lassen oder die Entgegennahme von wesentlichen Maklerdienstleistungen reiche allein nicht aus. Selbst wenn man sich an einen Makler wende, der mit Angeboten im geschäftlichen Verkehr tätig ist, erklärt man damit noch nicht schlüssig seine Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision für den Fall, dass man ein angebotenes Objekt erwerbe oder miete. Denn der Interessent dürfe so lange davon ausgehen, dass der Makler vom Verkäufer oder vom Mieter beauftragt wurde und bezahlt wird, soweit ihm, dem Kunden, nichts Gegenteiliges bekannt werde.

Selbst die Übergabe eines Exposés in einem Gesprächstermin genüge nicht zur Annahme eines Maklervertragsabschlusses, und zwar selbst dann nicht, wenn der Kunde nach Entgegennahme des Exposés das Gespräch fortsetzen sollte. Denn der Makler könne nicht davon ausgehen, dass der Kaufinteressent ein solches Exposé sofort durchliest und die Provisionsforderung zur Kenntnis nehme. Er müsse also bei Aushändigung des Exposés ausdrücklich darauf hinweisen, dass Provision anfalle, und zwar für den Kunden.

Diese maklerkundenfreundliche sog. Unklarheitenregel bedeutet, dass verbleibende Unklarheiten zu Lasten des Maklers gehen.

In der Vergangenheit hatte die Rechtsprechung immerhin noch zugunsten des Maklers entschieden, wenn ein Kunde dem Makler einen sog. Suchauftrag erteilte. Aber auch diese Rechtsprechung hat der BGH in den letzten Jahren verschärft. Nur noch dann, wenn der Suchauftrag darauf gerichtet ist, außerhalb des eigenen Adressenmaterials aktiv für den Kunden nach einem Objekt zu suchen, soll die Unklarheitenregel nicht zu Lasten des Maklers gehen.

D. h., wenn der Makler die Provision nicht so deutlich und klar verlangt hat, dass kein Missverständnis entstehen kann, kann er die Provision nicht verlangen bzw. der Kunde braucht sie nicht zu zahlen, weil es an einem Vertrag fehlt. Formulierungen wie:

„Kaufpreis ... € - Courtage: ... %“, „...% Courtage vom Kaufpreis“ oder „Kaufpreis ... € plus Provision“

hat das OLG Hamm jeweils nicht genügen lassen, also zugunsten des Kunden entschieden.

Scheidet aufgrund der Unklarheitenregel ein vertraglicher Provisionsanspruch des Maklers aus, kann er trotz Tätigkeit und eingetretenem Erfolg auch aus anderen Rechtsgrundlagen heraus keine Provision fordern.

Verlangt der Makler Provision und widerspricht der Kunde insgesamt, kommt ebenfalls kein Vertrag zustande. Beschränkt sich der Widerspruch auf die Höhe der Provision und kommt es darüber in der Folgezeit zu keiner Vereinbarung, obwohl der Makler weiter tätig bleibt, schuldet der Kunde eine angemessene Provision. In diesem Fall, in dem er zu erkennen gegeben hat, zwar eine Provision, aber nicht die übliche Provision zahlen zu wollen, nimmt die Rechtsprechung einen Abschlag zwischen 1/3 bis 1/2 vom ortsüblichen

Provisionsatz vor. D. h., sie entscheidet nicht dahingehend, es gebe keinen Anspruch, weil eine Einigung fehle.

Dr. Jörg König, Büro Bielefeld | joerg.koenig@brandi.net

Recht des Gewerberaumvermieters zum Abstellen von Heizung und Wasser

Bisher haben die meisten Gerichte sich auf den Standpunkt gestellt, ein Vermieter müsse auch nach Beendigung des Mietvertrags das Mietobjekt weiterhin mit Heizung, Wasser und Strom versorgen, auch wenn er keinerlei Zahlungen mehr erhält. Begründet wurde dies regelmäßig damit, wenn der Vermieter die Versorgung einstelle, störe er den Mieter in seinem Besitz. Diese allenfalls für Rechtstheoretiker nachvollziehbare Rechtsprechung hat jetzt ihr Ende gefunden. Der BGH hat sich der vom Kammergericht Berlin begründeten Auffassung angeschlossen und entschieden, dass der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses grundsätzlich nicht mehr verpflichtet ist, dem Mieter nach Vertragsende die Mieträume zur Nutzung zu überlassen, auch wenn dieser in den Räumen verbleibe. Deshalb sei er auch nicht verpflichtet, vertraglich übernommene Versorgungsleistungen fortzusetzen. Eine solche Verpflichtung ergebe sich auch nicht aus Treu und Glauben, jedenfalls dann nicht, wenn der Mieter sich mit der Zahlung von Miete und Nutzungsentschädigung in Verzug befinde und dem Vermieter deshalb für seine Leistungen ein stetig wachsender Schaden drohe. Die Einstellung oder Unterbrechung der Versorgung mit Heizenergie stelle keine Besitzstörung dar.

Während die Mieter den Strom meist direkt vom Versorger beziehen und dieser jederzeit die Versorgung einstellen darf, wenn er nicht bezahlt wird, sieht es beim Wasser und mehr noch bei der Heizung anders aus. Hier wird regelmäßig nur der Vermieter beliefert, schon weil die Versorgungswerke grundsätzlich nur einen Schuldner haben wollen.

Mit dem Ende des Mietvertrags endet grundsätzlich auch die Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter die Mietsache weiterhin zum Gebrauch zu überlassen. Die Rechtsprechung leitet aus Treu und Glauben auch nach Vertragsende noch einzelne Verpflichtungen des Vermieters ab. Diese Verpflichtungen dienen regelmäßig ausschließlich den Interessen des Mieters. Eine solche Verpflichtung des Vermieters lässt sich, so der BGH, nur rechtfertigen, wenn die berechtigten Interessen des Vermieters berücksichtigt werden. Ihm sei jedoch eine weitere Versorgung des Mietobjekts bzw. des Mieters nicht zumutbar, wenn er liefern müsse, ohne dass der Mieter dies bezahlt.

Eine weitere Begründung dafür, warum die Versorgung nicht unterbrochen werden darf, lautete bisher dahin, die Einstellung der Versorgung störe den die Mietsache noch besitzenden ehemaligen Mieter, jetzt Nutzer, in seinem gesetzlich geschützten Besitzrecht. Hierzu hat der BGH entschieden, die zur Nutzung des Mietobjekts erforderlichen Lieferungen seien nicht Bestandteil des Besitzes und könnten daher auch nicht Gegenstand des gesetzlich gewährten Besitzschutzes sein. Versorgungsleistungen führten nur dazu, dass die

Gebrauchsmöglichkeit der Mietsache erweitert werde, eben weil es komfortabler ist, wenn das Mietobjekt beheizt und mit Wasser versorgt wird. Der Besitzschutz gewähre nur Abwehrrechte, gebe aber keine Leistungsansprüche.

Wichtig ist, dass die Versorgung nur und erst dann eingestellt werden darf, wenn der Mietvertrag beendet, also der Mieter zur Räumung verpflichtet ist.

Das Urteil ist zur Gewerberaummiете ergangen. Weil die beantworteten Fragen im Wohnraummietrecht identisch sind, ist jedoch davon auszugehen, dass diese Rechtsprechung auch auf den Bereich der Wohnungsmiete Anwendung findet. Wohnungsmieter sind insoweit nicht besonders schutzbedürftig, solange sie nicht zumindest die Nebenkostenvorauszahlungen leisten.

(BGH XII ZR 137/07 vom 06.05.09)

Dr. Jörg König, Büro Bielefeld | joerg.koenig@brandi.net

Schwere Krankheit des Mieters kein Grund zur vorzeitigen Kündigung - Gewerberaummietrecht

Zwischen den Parteien besteht ein befristet abgeschlossenes Gewerberaummietverhältnis. Nach einer schweren Krebserkrankung kann der Mieter die Räume nicht mehr nutzen. Er kündigt vor Ablauf der vereinbarten Vertragszeit fristlos aus wichtigem Grund.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf (24 W 53/08 vom 25.07.2008) entschied:

Die behauptete schwere Krebserkrankung rechtfertigt, entgegen der Ansicht des klagenden Mieters, keine Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund. Eine vorzeitige Kündigung ist ausnahmsweise denkbar, wenn wichtige Gründe aus dem Interessenbereich des Mieters vorliegen, die nicht in dessen Risikosphäre fallen. Das trifft für den Fall der Erkrankung des Mieters aber nicht zu. Das persönliche Verwendungsrisiko trägt der Mieter (§ 537 Abs. 1 Satz 1 BGB). Gleichgültig ist, aus welchem Grund er für langfristig angemietete Räume keine Verwendung mehr hat. Zu dem vom Mieter zu tragenden Risiko gehört auch der Erhalt seiner Gesundheit. Selbst sein Tod fällt in seinen Risikobereich, beendet also das Mietverhältnis nicht, sondern lässt es auf die Erben übergehen. Diese gesetzliche Risikozuweisung kann auch nicht mit allgemeinen Erwägungen unter Verweis auf Treu und Glauben überspielt werden. Das dem Mieter



gesetzlich zugewiesene Risiko wird durch die Möglichkeit zur Untervermietung reduziert. Verweigert der Vermieter die Untermieterlaubnis ohne wichtigen Grund, ist der Mieter berechtigt, den Vertrag vorzeitig unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen.

Die Entscheidung setzt die gesetzliche Zuweisung des allgemeinen Verwendungsrisikos konsequent um. Sie entspricht der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur. Ist etwa eine Betriebspflicht vereinbart, bleibt der erkrankte Mieter sogar verpflichtet, den Betrieb aufrechtzuerhalten, notfalls auch bei Kostenunterdeckung durch Angestellte. Der erkrankte Mieter hat die Möglichkeit, unterzuvermieten und bei zu Unrecht verweigerter Zustimmung des Vermieters das ihm dann zustehende Sonderkündigungsrecht auszuüben. Nur wenn vertraglich die Untervermietung ausgeschlossen ist und der Mieter erfolglos einen zumutbaren Ersatzmieter gestellt hat, soll er nach der Rechtsprechung einen Anspruch auf vorzeitige Entlassung aus dem Vertrag durchsetzen können.

Franz Pieper, Büro Minden | franz.pieper@brandi.net

Heizkostenpauschale unzulässig - Gewerberaummietrecht

Vermieter und Mieter schließen einen auf 11 Jahre befristeten Mietvertrag über Gewerberäume und vereinbaren eine monatliche Nebenkostenpauschale, die auch die Heizkosten umfasst. Nach 16 Jahren Vertragsdauer stellt der Mieter die Zahlung der Pauschale ein und verteidigt sich gegen die Zahlungsklage des Vermieters mit einem Zurückbehaltungsrecht wegen unterbliebener Abrechnungen.

Die Vereinbarung einer Nebenkostenpauschale - so Oberlandesgericht Düsseldorf (24 U 152/07 vom 11.03.2008) - ist nach den Bestimmungen der Heizkostenverordnung unwirksam, soweit sie sich auf die Heizkosten bezieht. Dies verstößt gegen die Pflicht zur verbrauchsabhängigen Kostenverteilung. Bei solchen teilunwirksamen Pauschalvereinbarungen ist der kalkulatorische Ansatz der Heiz- und Warmwasserkosten aus dem vereinbarten Pauschalbetrag herauszurechnen und als Vorauszahlung zu behandeln. Über diese Vorauszahlungen hat der Vermieter abzurechnen. Der verbleibende Pauschalbetrag deckt die übrigen Betriebskosten ab, über die nicht abzurechnen ist, weil insoweit Pauschalvereinbarungen zulässig sind. Für das abgelaufene Jahr kann der Vermieter wegen der eingetretenen Abrechnungsreife keine Vorauszahlungen mehr geltend machen, soweit es die Heizkosten angeht. Die geschuldeten Vorauszahlungen sind dadurch zu ermitteln, dass die Gesamtheizkosten des Vorjahres nach beheizbaren Flächenanteilen auf die Mieteinheiten aufgeteilt werden. Den so ermittelten kalkulatorischen Heizkostenanteil der Pauschale darf der Mieter gemäß Heizkostenverordnung noch um 15 % kürzen und bis zur Erteilung einer Abrechnung zurückbehalten.

Der Vermieter sollte auf jeden Fall zukünftig auf die verbrauchsabhängige Abrechnung umstellen, damit dem Mieter kein dauerndes Kürzungsrecht entsteht. Wegen der gesetz-

lichen Vorgaben der Heizkostenverordnung kann dies durch einseitige Erklärung des Vermieters geschehen.

Franz Pieper, Büro Minden | franz.pieper@brandi.net

Ausübung von Gewerbe in der Mietwohnung

Der Bundesgerichtshof hat in dem kürzlich ergangenen Urteil vom 14.07.2009 zu der Frage Stellung genommen, unter welchen Umständen der Vermieter einer Wohnung geschäftliche Aktivitäten seines Mieters in der Wohnung dulden muss.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Mieter die Wohnung zu Wohnzwecken angemietet. In dem zwischen den Mietvertragsparteien abgeschlossenen Formularmietvertrag war geregelt, dass der Mieter die Mietsache zu anderen Zwecken nur mit Einwilligung des Vermieters benutzen darf. Der betreffende Mieter ist als Immobilienmakler tätig und besitzt kein eigenes Büro, sondern betreibt seine selbstständige Tätigkeit von der gemieteten Wohnung aus. Der Vermieter, der mit dieser Nutzung nicht einverstanden war, forderte den Mieter zunächst zur Unterlassung auf. Schließlich kündigte der Vermieter das Mietverhältnis fristlos wegen vertragswidrigen Gebrauchs. Der Bundesgerichtshof hatte in letzter Instanz über die Räumungsklage des Vermieters zu entscheiden.

Der Bundesgerichtshof hat nunmehr entschieden, dass der Vermieter einer Wohnung geschäftliche Aktivitäten seines Mieters freiberuflicher oder gewerblicher Art, die nach außen hin in Erscheinung treten, mangels entsprechender Vereinbarung - auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt - grundsätzlich nicht in der Wohnung dulden muss. Im Einzelfall kann der Vermieter allerdings nach Treu und Glauben verpflichtet sein, eine Erlaubnis zu einer teilgewerblichen Nutzung zu erteilen, wenn es sich nach Art und Umfang um eine Tätigkeit handelt, von der auch bei einem etwaigen Publikumsverkehr keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache oder die Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnungsnutzung. Wenn in diesem Fall für die geschäftliche Tätigkeit Mitarbeiter des Mieters in der Wohnung beschäftigt werden, kommt ein Anspruch auf Gestattung durch den Vermieter jedoch regelmäßig nicht in Betracht.

Martin Wallraf, Büro Leipzig | martin.wallraf@brandi.net

Öffentliches Baurecht: Betriebsbezogene Wohnungen weiterhin auch außerhalb der Betriebsgebäude zulässig

In der Behördenpraxis und auch in der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungspraxis stehen immer wieder betriebszugehörige Wohnungen im Mittelpunkt des Interesses. Nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1 und 9 Abs. 3 Nr. 1 der Baunutzungsverordnung können in Gewerbegebieten und Industriegebieten ausnahmsweise Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter zugelassen werden, die dem Gewerbebetrieb zugeordnet

und ihm gegenüber in Grundfläche und Baumasse untergeordnet sind. Im Zusammenhang mit der Frage der klaren Zuordnung ist nun häufiger erörtert worden, ob überhaupt noch ein frei stehendes Wohnhaus in einem solchen Gebiet errichtet werden kann oder nur noch bautechnisch in die Betriebsgebäude integrierte Wohnungen.

Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen hat in einem Urteil vom 30.01.2009 - 7 D 11/08.NE - ausgeführt, dass es in der Baunutzungsverordnung keine Rechtsgrundlage dafür gibt, in einem Bebauungsplan das betriebsbezogene Wohnen einzuschränken und es nur innerhalb der Betriebsgebäude zuzulassen. Im konkret entschiedenen Fall lautete die Festsetzung in dem Bebauungsplan, den die Gemeinde aufgestellt hatte, wie folgt:

„Die innerhalb der GE- und GI-Gebiete gem. § 9 (3) BauNVO ausnahmsweise zulässigen Wohnungen für Aufsichts- und Betriebspersonal sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter dürfen nur innerhalb der Betriebsgebäude eingerichtet oder angebaut werden.“

Möglicherweise hat die Gemeinde späteren Problemen bei einer Beendigung der Betriebsbezogenheit genehmigter Wohnungen vorbeugen wollen, hat dabei aber zu Mitteln gegriffen, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt. Die konkreten Regelungen für Gewerbegebiete und Industriegebiete in der Baunutzungsverordnung schließen es nicht aus, dass eine betriebsbezogene Wohnung auch „nahe dem Betriebsgrundstück“ zulässig sein kann, so hatte es in früherer Zeit auch schon das Bundesverwaltungsgericht entschieden (Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 22.06.1999 - 4 B 46.99 -, BRS 62 Nr. 78).

Dr. Manfred Schröder, Minden | manfred.schroeder@brandi.net

Patentrecht/Kartellrecht: Marktmachtmissbrauch kann Patentverletzungsklage entgegengehalten werden

In der patentrechtlichen Rechtsprechung und Literatur war es bislang umstritten, ob dem Patentinhaber im Verletzungsprozess entgegengehalten werden könne, dass dieser eine marktbeherrschende Stellung missbrauche, indem er sich weigert, dem Verletzer eine Lizenz an seinem Patent zu erteilen. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage nunmehr in einem Urteil vom 06.05.2009 (KZR 39/06 – *Orange-Book-Standard*) im Sinne des Patentverletzers entschieden.

Zum Hintergrund: Es kommt gelegentlich vor, dass ein einziges Patent seinem Inhaber eine marktbeherrschende oder sogar eine Monopolstellung auf einem bestimmten Markt vermittelt. Denn wenn der Zugang zu diesem Markt praktisch unmöglich ist, ohne das Patent zu verletzen, sind alle Mitbewerber auf den Patentinhaber und seine etwaige Lizenzbereitschaft angewiesen. Wenn der Patentinhaber unter diesen Bedingungen bestimmten Unternehmen Lizenzen an seinem Patent erteilt, ist er nach dem kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 20 Abs. 1 GWB bzw. nach Art. 82 EG-Vertrag verpflichtet, auch ande-

ren gleichartigen Unternehmen derartige Lizenzrechte einzuräumen. Er darf die Lizenz nur aus sachlichen Gründen (z. B. schlechte Erfahrungen mit der Zahlungsfähigkeit des anderen Unternehmens) verweigern.

Der Bundesgerichtshof hat mit seiner vorstehend genannten Entscheidung den Rechtsschutz des diskriminierten Unternehmens ganz maßgeblich erweitert: Denn danach kann der Diskriminierte seinen Anspruch auf Einräumung der Zwangslizenz nicht nur selbst klageweise geltend machen, sondern auch der Patentverletzungsklage des Patentinhabers einredeweise entgegenhalten. Voraussetzung hierfür sei aber, dass der Patentverletzer dem Patentinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages gemacht hat, an das er sich gebunden hält und das der Patentinhaber nicht ablehnen darf, ohne gegen das kartellrechtliche Diskriminierungs- oder Behinderungsverbot zu verstoßen, und wenn der Patentverletzer, solange er den Gegenstand des Patentes bereits benutzt, diejenigen Verpflichtungen einhält, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die Benutzung des lizenzierten Gegenstandes knüpft. Das Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages muss ferner eine angemessene, nach billigem Ermessen zu bestimmende Lizenzgebühr beinhalten.

Inhaber von besonders bedeutsamen Patenten, die geeignet sind, eine marktbeherrschende Stellung zu vermitteln, sollten vor diesem Hintergrund noch sorgfältiger prüfen, ob sie Dritten überhaupt Lizenzen an ihrem Patent einräumen. Wenn und soweit dies geschieht, sind sie unter den oben dargestellten Bedingungen verpflichtet, allen anderen gleichartigen Unternehmen ebenfalls entsprechende Lizenzen zu erteilen, sofern dem kein sachlicher Grund entgegensteht. Anderenfalls können Patentansprüche gegen lizenzbereite Drittunternehmen nicht durchgesetzt werden.

Dr. Kevin Kruse, Büro Bielefeld | kevin.kruse@brandi.net

Wettbewerbsrecht: Unlautere Verwendung von Kundendaten

Die Kontaktdaten ihrer Kunden gehören für viele Unternehmen zu ihrem wertvollsten Kapital. Kundenbeziehungen werden häufig mit großem Aufwand aufgebaut und gepflegt. Für die erfolgreiche Absatzstrategie ist es von großem Vorteil, wenn die Kontaktdaten der entscheidenden Personen im Unternehmen des Kunden bekannt sind. Je größer ein Unternehmen ist, desto mehr Personen haben allerdings Zugriff auf solche Daten. Mitarbeiter und Absatzmittler wie Handelsvertreter verfügen häufig über einen völlig unbegrenzten Zugang zu Kundendaten, häufig sind sie direkt mit der Erstellung von Kundendatenbanken betraut. Wird das Arbeitsverhältnis oder die Geschäftsbeziehung beendet, stehen die Kundendaten allerdings allein dem Dienstherrn zu.

Dem ehemaligen Mitarbeiter oder Handelsvertreter ist es nicht verwehrt, seine ihm in Erinnerung gebliebenen Kontakte, von denen er während seiner Tätigkeit für den ehemaligen Dienstherrn Kenntnis erlangt hat, für eigene Zwecke oder einen neuen Arbeitgeber/Dienstherrn einzusetzen,

wenn und soweit er keinem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegt (was äußerst selten der Fall ist). Weder ein Arbeitnehmer noch ein Handelsvertreter hat jedoch das Recht, sich Kopien dieser Daten anzufertigen und diese zu eigenen oder fremden Zwecken einzusetzen. Bisher hatte sich die Rechtsprechung in der Regel mit Fällen auseinandergesetzt, in denen der ehemalige Mitarbeiter oder Absatzmittler die Kundenlisten oder Kundendatenbanken seines ehemaligen Dienstherrn zu Wettbewerbszwecken verwendet hat. Hierin haben die Gerichte regelmäßig einen Wettbewerbsverstoß gesehen.

Nunmehr hat der Bundesgerichtshof mit einem Urteil vom 26.02.2009 (I ZR 28/06) klargestellt, dass auch der Rückgriff auf Daten durch einen ehemaligen Handelsvertreter, der die Kunden während des bestehenden Handelsvertreterverhältnisses selbst angeworben hat, wettbewerbswidrig ist. Dies gelte auch dann, wenn der ehemalige Handelsvertreter nicht die Kundendatenbank bzw. Kundenliste seines ehemaligen Dienstherrn verwendet hat, sondern einzig und allein auf eigene Aufzeichnungen und Unterlagen zurückgreift. Denn auch solche Aufzeichnungen, die während des bestehenden Handelsvertretervertrages erstellt worden sind, stehen allein dem Dienstherrn zu.

Unternehmen sollten nach Beendigung von Handelsvertreterverträgen darauf achten, dass ihnen alle Aufzeichnungen (auch elektronischer Art), die vom Handelsvertreter über die Kundenkontakte gemacht worden sind, ausgehändigt werden. Wer als Handelsvertreter nach Beendigung der Geschäftsbeziehung zu seinem Dienstherrn zu diesem in Wettbewerb tritt bzw. als Handelsvertreter für einen Konkurrenten seines ehemaligen Dienstherrn tätig wird, darf auf Listen und sonstige Aufzeichnungen aus seiner früheren Tätigkeit nicht zurückgreifen. Wenn und soweit er einzelne Kundenkontakte im Gedächtnis hat, dürfte es aber wohl zulässig sein, dass er auf Grundlage dieser Erinnerung eine eigene, neue Kundenliste erstellt, z. B. unter Rückgriff auf Telefonverzeichnisse und Internetrecherchen.

Dr. Kevin Kruse, Büro Bielefeld | kevin.kruse@bielefeld.net

Wettbewerbswidrigkeit von Imitationsmarketingmaßnahmen

Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) ist aufgrund einer europäischen Richtlinie wesentlich geändert und ergänzt worden (siehe dazu auch unser Mandantenrundbrief Nr. 4/2007, Seiten 10 ff.). Die Gesetzesänderung, die im Dezember 2008 in Kraft getreten ist, beinhaltet u. a. einen neuen Tatbestand, der das sog. „Imitationsmarketing“ regelt. In § 5 Abs. 2 UWG heißt es nunmehr:

„Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließlich vergleichender Werbung eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft.“

Dass die Nachahmung von Konkurrenzprodukten einen Wettbewerbsverstoß darstellen kann, ist nichts Neues. Dieser Fall wird (nach wie vor) von § 4 Nr. 9 UWG erfasst. Ebenso war es auch nach bisheriger Rechtslage selbstverständlich, dass die Verwendung einer Marke, die mit derjenigen eines Mitbewerbers ähnlich oder identisch ist, unter den Voraussetzungen des Markenrechts vom Markeninhaber verfolgt werden konnte.

Die Neuerung der oben zitierten Regelung besteht darin, dass nicht nur der Hersteller des Originalproduktes bzw. der Inhaber des Kennzeichenrechts, sondern **jeder Wettbewerber** sowie die nach dem UWG klagebefugten Verbände (z. B. die Wettbewerbszentrale) Produkt- und Markenimitationen wettbewerbsrechtlich verfolgen können. Es war bislang ein eherner Grundsatz im gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht, dass ein Mitbewerber sich nicht gegen die Verletzung von Schutzrechten eines Dritten zur Wehr setzen kann. Nach neuer Rechtslage ist dies anders. Denn § 5 Abs. 2 UWG n. F. dient dem Verbraucherschutz. Danach soll es wettbewerbswidrig sein, den Verbraucher darüber in die Irre zu führen, dass das angebotene Produkt (oder die angebotene Leistung) in Wahrheit von einem anderen Unternehmen stammt. Unter diesen Tatbestand fallen im Übrigen wohl auch Fälle, in denen eine Ware zwar nicht mit dem Kennzeichen eines Dritten versehen wird und somit eine Markenverletzung möglicherweise gar nicht vorliegt, sondern nur durch die Produktpräsentation der Eindruck erweckt wird, als handle es sich bei der angebotenen Ware um solche eines bestimmten Markenherstellers. Dies kann z. B. durch die Einsortierung von No-Name-Produkten in einem Regal zwischen den Konkurrenzwaren eines bestimmten Markenherstellers geschehen.

Es wird sogar diskutiert, dass eine Lizenz- oder Duldungsabrede zwischen dem Hersteller der Originalwaren bzw. dem Markeninhaber einerseits und dem Nachahmer andererseits für den wettbewerbsrechtlichen Anspruch Dritter irrelevant sein soll. Ob sich diese Auffassung in der Rechtsprechung durchsetzt, bleibt abzuwarten. Bis auf Weiteres sollten Unternehmen, die ihre Mitbewerber wegen unlauteren Imitationsmarketings in Anspruch nehmen wollen, vorsorglich zunächst eine Berechtigungsanfrage stellen, um sicherzugehen, ob der mutmaßliche Verletzer sich nicht auf eine Lizenz oder anderweitige Gestattung des Herstellers der Originalware bzw. des Kennzeicheninhabers stützen kann.

Dr. Kevin Kruse, Büro Bielefeld | kevin.kruse@brandi.net

Neues zum Anlegerschutz: LG Hamburg spricht Lehman-Geschädigten Schadenersatz zu – Dokumentationspflicht für Beratungsgespräche ab 01.01.2010

Am 23.06.2009 hat das Landgericht Hamburg ein interessantes Urteil zugunsten eines Anlegers von Lehman-Brothers-Zertifikaten gefällt. Dieses Urteil hat aufgrund des spektakulären Zusammenbruchs der Lehman-Bank und der plötzlichen Wertlosigkeit von Lehman-Zertifikaten auch in der breiten Öffentlichkeit Aufmerksamkeit erregt.

In dem vom Landgericht Hamburg entschiedenen Fall wurde einem 64 Jahre alten pensionierten Lehrer Schadensersatz in Höhe des in Lehman-Zertifikaten angelegten Geldbetrags in Höhe von rd. 10.000,00 € gegen die Hamburger Sparkasse zugesprochen.

Obwohl der geschädigte Kläger eine konservative Anlagestrategie verfolgte, wurden ihm von Seiten der Hamburger Sparkasse Zertifikate von Lehman-Brothers empfohlen. Diese Zertifikate waren als Inhaberschuldverschreibungen gem. §§ 793 ff. BGB infolge der Insolvenz von Lehman-Brothers wertlos geworden.

Das Gericht führt in seiner Begründung aus, dass die Hamburger Sparkasse ihre Pflicht zur angemessenen Beratung dadurch verletzt habe, dass sie den Anleger nicht darüber aufgeklärt hat, dass die Lehman-Brothers-Zertifikate nicht von dem in Deutschland geltenden Einlagensicherungssystem umfasst sind; die Aufklärung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Sicherungseinrichtung für Einlagen sei eine objektiv gebotene Pflicht des Kreditinstituts. Für den Anleger macht es einen erheblichen Unterschied, ob ihm im Fall des finanziellen Zusammenbruchs des Emittenten eine Sicherungseinrichtung zur Verfügung steht oder nicht. Unabhängig davon, ob im Falle einer weltweiten Finanzkrise die Einlagensicherungssysteme nur durch massive staatliche Stützungsmaßnahmen erhalten bleiben können, bietet aus Sicht eines vernünftigen Anlegers eine Anlage mit Einlagensicherung eine größere Sicherheit als eine Anlage, bei der im Falle der Insolvenz des Emittenten Totalverlust eintreten kann.

Des Weiteren bezieht sich das Landgericht Hamburg im Rahmen seiner Begründung auf die bereits in einigen vorangegangenen Urteilen des Bundesgerichtshofs begründete Rechtsprechung zu Rückvergütungen, sog. „Kick-Backs“. Unter „Kick-Back“ versteht man die Rückerstattung eines Teils des gezahlten Betrages eines Geschäftes zwischen mehreren Beteiligten durch einen Beteiligten an einen anderen. Im Bereich der Finanzdienstleistungen erhalten Vertriebsorganisationen, z. B. Banken, von den Produkthanbietern, z. B. Fondsgesellschaften, Abschluss- oder/und Bestandsprovisionen für die verkauften Produkte. Nach Auffassung des Landgerichts Hamburg ist die Bank verpflichtet, den Anleger über die sich aus dem Verkauf eines Anlageprodukts ergebende Gewinnmarge aufzuklären und dem Anleger gegenüber diese Gewinnmarge offenzulegen. Erst nach Durchführung einer solchen Aufklärung kann der Anleger das Umsatzinteresse der Bank selbst einschätzen und beurteilen, ob die Bank ihm eine bestimmte Anlage nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient. In dem vom Landgericht Hamburg entschiedenen Fall hatte die Hamburger Sparkasse nach einer Ausschreibung Zertifikate von Lehman-Brothers auflegen lassen, diese anschließend übernommen und an ihre Kunden veräußert. Hätte sie die Papiere nicht absetzen können, hätte sie die Papiere gegen einen Abschlag an Lehman-Brothers zurückgeben müssen. Insofern bestand für die Bank daher ein besonderer Anreiz zur Empfehlung gerade dieses Produkts, was im konkreten Fall in besonderer Weise eine Aufklärungspflicht begründete. Das Landgericht Hamburg geht noch einen Schritt weiter. Nach seiner Auffassung ist die unterlassene Aufklärung für die Anlageentscheidung

des Klägers für seinen späteren Schaden kausal geworden, ohne dass der Kläger diese Kausalität beweisen muss. Diese Beweislastumkehr führt dazu, dass immer dann, wenn eine Aufklärungspflichtverletzung feststeht, die Bank beweisen muss, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte.

Natürlich bleibt abzuwarten, ob die vielbeachtete Entscheidung Bestand haben wird. Die Hamburger Sparkasse hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und beurteilt den Fall als Einzelfallentscheidung ohne Signalwirkung für vergleichbare Fälle. Da sich das Landgericht Hamburg an der im Laufe der letzten Jahre entwickelten anlegerfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientiert, spricht vieles dafür, dass die Entscheidung auch in höherer Instanz Bestand haben wird.

Neben der Rechtsprechung ist auch die Politik im Interesse des Anlegerschutzes nicht untätig geblieben. Im Rahmen des am 03.07.2009 vom Bundestag verabschiedeten Schuldverschreibungsgesetzes werden neue Anlagenschutzregeln eingeführt, die am 01.01.2010 in Kraft treten. Die wichtigste Verbesserung für den Anlegerschutz ist die Dokumentationspflicht. Banken und Anlageberater müssen künftig im Rahmen eines Beratungsprotokolls dokumentieren, welche Wünsche ein Investor äußert und welche Produkte in der Beratung empfohlen wurden. Dieses Protokoll kann später als Beweismittel dienen, wenn beispielsweise einem Investor, dessen Ziel eine konservative Anlage für die private Altersvorsorge war, von dem Berater zu riskanten Finanzprodukten geraten wurde. In diesem Zusammenhang wurde auch die Verjährungsfrist auf die übliche dreijährige Verjährungsfrist verlängert, wobei die Verjährungsfrist nicht sofort nach Vertragsschluss zu laufen beginnt, sondern erst dann, wenn der Finanzschaden erkennbar ist.

Martin Wallraf, Büro Leipzig | martin.wallraf@brandi.net

Datenschutzrecht wird umfassend geändert

In den vergangenen Wochen sind umfangreiche Änderungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) im Bundestag beschlossen worden, um die datenschutzrechtlichen Bestimmungen den aktuellen Entwicklungen anzupassen und Forderungen von Datenschützern sowie Verbraucherschützern entgegenzukommen.

In einer ersten Novelle, die bereits Ende Mai verabschiedet wurde, sind neue Regelungen eingefügt worden, mit deren Hilfe die Tätigkeit von Auskunftsteilen und ihren Auftraggebern, vor allem Kreditinstituten, transparenter werden soll. Zu diesem Zweck werden unter anderem mit § 28a und § 28b BDSG zwei völlig neue Regelungen in das BDSG aufgenommen, die sich mit der Datenübermittlung an Auskunftsteile bzw. dem Scoring beschäftigen. Unter Scoring werden dabei mathematisch-statistische Verfahren zur Berechnung der Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Verhaltens verstanden. Mit Hilfe von Scoringssystemen kann beispielsweise die Kreditwürdigkeit von Neukunden oder das Risiko von Zahlungsausfällen bei einem Schuldner berechnet werden. Außerdem

ist die Regelung über die Auskunftserteilung an Betroffene in § 34 BDSG völlig überarbeitet und neu gefasst worden. Ergänzungen und andere Anpassungen sind schließlich auch bei der Regelung zur Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten vorgenommen worden. Diese geänderten Regelungen werden zum 1. April 2010 in Kraft treten.

Die zweite Novelle, die am 3. Juli 2009 verabschiedet wurde, befasst sich vor allem mit der Datenerhebung und Datenverarbeitung im kommerziellen Umfeld. Grundsätzlich beibehalten wurde das Listenprivileg, wonach listenmäßig zusammengefasste Daten im Rahmen des Adresshandels und des Direktmarketing weitergegeben werden dürfen, wenn auch jetzt unter geänderten Regeln. Die Bestimmungen über die Datenverarbeitung für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung sind ebenfalls neu geregelt worden. Weiter sind besondere Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz in das BDSG aufgenommen worden. Zukünftig werden Unternehmen die Aufsichtsbehörde über Datenschutzverstöße informieren müssen, wobei die Befugnisse der Aufsichtsbehörde insgesamt erweitert werden. Der betriebliche Beauftragte für den Datenschutz kommt in den Genuss eines ausdrücklich geregelten Kündigungsschutzes. Lediglich für das in § 9a BDSG vorgesehene Datenschutzaudit gibt es auch weiterhin keine genaueren Regelungen durch ein entsprechendes Datenschutzauditgesetz.

Mit der Umsetzung der EU-Verbraucherkreditrichtlinie beschäftigt sich schließlich die dritte Novelle des BDSG, die ebenfalls im Juli 2009 verabschiedet wurde. Die diesbezüglichen Änderungen beziehen sich auf die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit Verbraucherdarlehensverträgen einschließlich der Bewertung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern. Die Änderungen der zweiten und dritten Novelle werden im Frühjahr bzw. Sommer 2010 in Kraft treten, teilweise sind aber auch längere Übergangsregelungen vorgesehen.

Durch die umfangreichen Änderungen im BDSG wird das Gesetz auf einen deutlich aktuelleren Stand gebracht. Gleichwohl verbleiben immer noch große Bereiche, für die keine besonderen Regelungen vorgesehen sind und die rechtlich umstritten sind. Dies gilt etwa für die Nutzung und Auswertung von Geodaten, zum Beispiel auch im Zusammenhang mit Google Street View. Es ist davon auszugehen, dass mit den jetzt beschlossenen Änderungen die Diskussion über ein angemessenes Datenschutzniveau und die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Eingreifens sich nicht erledigt hat, sondern eine Fortsetzung finden wird.

Dr. Sebastian Meyer, LL.M., Büro Bielefeld |
sebastian.meyer@brandi.net



Brandi Dröge Piltz Suderow & Gronemeyer

Bielefeld

Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld
Tel. +49 (0) 521 / 96535 - 0
Fax +49 (0) 521 / 96535 - 99
E-Mail: bielefeld@brandi.net

Detmold

Lindenweg 2
32756 Detmold
Tel. +49 (0) 5231 / 9857 - 0
Fax +49 (0) 5231 / 9857 - 50
E-Mail: detmold@brandi.net

Gütersloh

Thesings Allee 3
33332 Gütersloh
Tel. +49 (0) 5241 / 5358 - 0
Fax +49 (0) 5241 / 5358 - 40
E-Mail: guetersloh@brandi.net

Minden

Königswall 47-49
32423 Minden
Tel. +49 (0) 571 / 83706 - 0
Fax +49 (0) 571 / 83706 - 66
E-Mail: minden@brandi.net

Paderborn

Rathenaustraße 96
33102 Paderborn
Tel. +49 (0) 5251 / 7735 - 0
Fax +49 (0) 5251 / 7735 - 99
E-Mail: paderborn@brandi.net

Leipzig

Ferdinand-Lassalle-Straße 2
04109 Leipzig
Tel. +49 (0) 341 / 983 8630
Fax +49 (0) 341 / 983 8646
E-Mail: leipzig@brandi.net

Paris

71, Rue du Faubourg St.-Honoré
F-75008 Paris
Tel. +33 (1) / 42668900
Fax +33 (1) / 42668901
E-Mail: info@wenner.eu

Peking

Suite 706/2, Jian Wai SOHO
39 East 3rd Ring Road
Chaoyang District, China (VR)
Peking (Beijing) 100022
Tel. +86 10 5869 0466
Fax +86 10 5869 0469
E-Mail: peking@brandi.net

www.brandi.net

Wir über uns

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

- Wir möchten Sie schon heute herzlich zu dem Seminar unserer Kompetenzgruppe Gewerblicher Rechtsschutz am **06.11.2009** im Bielefelder Rochdale Saal einladen. Spannende Themen wie der effektive Schutz von Innovationen, Designs und Betriebsgeheimnissen vor Nachahmung und Ausbeutung erwarten Sie. Wir werden Ihnen rechtzeitig eine Einladung zukommen lassen und freuen uns, wenn Sie sich diesen Termin vormerken.
- Seit dem 14.05.2009 ist Herr Dr. Sebastian Meyer offiziell als Datenschutzauditor (TÜV) zertifiziert und kann in dieser Funktion entsprechende Datenschutzaudits durchführen. Er hat hierfür zahlreiche Fortbildungen besucht und die abschließende Prüfung zu der vom TÜV Rheinland geprüften Qualifikation bestanden. Mit dieser Zusatzqualifikation wird das schon bisher bestehende Leistungsspektrum unserer Kanzlei im Bereich Datenschutzberatung und Datenschutzprüfung weiter abgerundet.
- Prof. Dr. Burkhard Piltz berichtet in der NJW 31/2009 über die neuesten Entwicklungen im UN-Kaufrecht der letzten zwei Jahre. Zum 1. Juni 2009 haben 74 Staaten das UN-Kaufrecht ratifiziert. Aus Sicht der europäischen Vertragsstaaten gilt das UN-Kaufrecht praktisch für alle Exportgeschäfte und für ca. 80 % der Importe, womit klar wird, wie wichtig diese Regelungen sind.
- Herr Dr. Martin Dippel hat in der Fachzeitschrift Nord ÖR 3/2009 eine umfassende Abhandlung insbesondere zu den Dimensionen der Ämterpatronage durch politische Parteien und Beispielsfälle hierzu veröffentlicht.
- Herr Dr. Jens Hoffmann hat in der NWB 19/2009 über die Ausgestaltung von Treuhandverhältnissen, das Haftungsrisiko qualifizierter Treugeber im Außenverhältnis und die neue BGH-Rechtsprechung berichtet.
- In eigener Sache freuen wir uns, dass unsere Kanzleigeschichte in dem Buch von Herrn Prof. Reinhard Pöllath und Prof. Dr. Ingo Saenger „200 Jahre Wirtschaftsanwälte in Deutschland“ umfassend dargestellt worden ist.

Die Beiträge ersetzen nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Für die Richtigkeit kann trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernommen werden.