

April 2011

Wir wachsen!

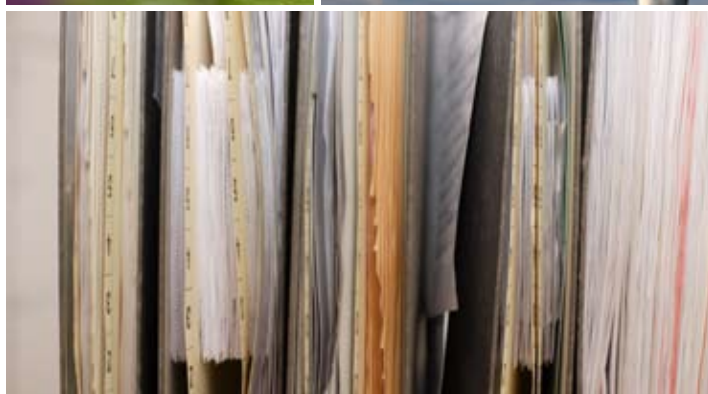
Liebe Leserinnen,
liebe Leser,

zum 01.06.2011 eröffnet BRANDI Rechtsanwälte ein neues Büro in Hannover. Einige der heutigen Partner der SCHINDHELM Rechtsanwalts-gesellschaft mbH wechseln zu BRANDI Rechtsanwälte und eröffnen das neue Büro in Hannover. Die neuen Partner stellen wir in diesem Mandantenrundbrief auf Seite 2 und in der Schlussrubrik „Wir über uns“ näher vor.

Diese Ausgabe enthält aktuelle juristische Themen unserer Kompetenzgruppen Unternehmensrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Arbeitsrecht. Daraus ergeben sich einige praktische Ratschläge auch für Ihre tägliche Arbeit.

Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen beim Lesen und ein frohes Osterfest.

Herzlichst
Ihre
Patrizia Ferrara



**Dr. Carsten Hoppmann**

ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die gesellschafts- und insolvenzrechtliche Beratung und Prozessvertretung sowie Unternehmenskäufe. Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes hat Dr. Hoppmann sich auf die marken- und wettbewerbsrechtliche Beratung von Unternehmen spezialisiert. Er ist als Dozent tätig und veröffentlicht regelmäßig in den von ihm vertretenen Rechtsgebieten.

Dr. Josef Fullenkamp

verfügt über eine langjährige forensische Erfahrung. Er hat in der Zeit von 1988 bis 2002 als Rechtsanwalt am OLG Celle fast ausschließlich Mandanten in Berufungsverfahren vor dem Oberlandesgericht vertreten und ist seit 2002 in Hannover tätig. Seine Schwerpunkte liegen im Bank- und Kapitalanlagerecht und in der Prozessführung im Wirtschaftsrecht. Herr Dr. Fullenkamp ist Lehrbeauftragter an der Leibniz Universität Hannover und Mitherausgeber des OLG Report Nord.

**Dr. Oliver Ebert**

ist Fachanwalt für Arbeitsrecht. Er begann seine berufliche Laufbahn bei BRANDI, bevor es ihn in die niedersächsische Landeshauptstadt zog. Herr Dr. Ebert berät seine Mandanten in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Ein besonderer Schwerpunkt von ihm liegt bei der rechtlichen Beratung der Organe von juristischen Personen sowie den Besonderheiten des Arbeitsrechts im Gesundheitswesen.

Michael Weber-Blank

ist Fachanwalt für Steuerrecht und Wirtschaftsmediator. Er begann seine berufliche Laufbahn in der Finanzverwaltung im Bereich Betriebsprüfung und Steuerfahndung. Im Anschluss an die Tätigkeit in der Finanzverwaltung war er als Dozent in der Steuerberater- und Wirtschaftsprüferausbildung tätig. Nach der Zulassung zum Rechtsanwalt legte er seinen Schwerpunkt in den Bereich der Verteidigung und Beratung im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht. Heute ist er ausschließlich in diesem Bereich als Verteidiger und Dozent bundesweit tätig.



Inhalt**Unternehmensrecht**

Dr. Helmut Dröge
Das Erbschaftsteuergesetz (wieder) verfassungswidrig? Seite 4

Dr. Axel Brandi
Abberufung des GmbH-Geschäftsführers Seite 4

Dr. Franz Tepper
Überraschung: Einstweiliger Rechtsschutz in den Niederlanden Seite 5

Dr. Holger Hanisch und Dr. Nils Wigglinghaus
Repräsentanzbüros in China verlieren an Attraktivität, kleine Tochterunternehmen werden echte Alternative Seite 6

Dr. Jörg Niggemeyer
Das Gemeindewirtschaftsrecht lebt wieder! Seite 6

Gewerblicher Rechtsschutz/IT-Recht

Dr. Jörg König
Welche Angaben über Preise, Versandkosten und Mehrwertsteuer sind auf Internet-Plattformen und bei Preissuchmaschinen erforderlich? Seite 7

Dr. Jürgen Buchmüller
Vorsicht beim Einstellen von Bildern ins Internet!..... Seite 8

Frank Schembecker
EuGH: Urheberrechtlicher Softwareschutz für die Gestaltung von Internetseiten.....Seite 9

Hubert Salmen
Zulässigkeit von Deep Links bei technischen Schutzmaßnahmen Seite 9

Dr. Kevin Kruse
Haftet der Arbeitgeber für illegale Downloads seiner Angestellten?Seite 10

Dr. Sebastian Meyer
AdWord-Werbung bei Google bleibt problematisch und riskant Seite 11

Arbeitsrecht

Dr. Andrea Pirscher
Einsatz von Leiharbeitnehmern erschwert!..... Seite 12

Dr. Sören Kramer
Eine weitere Säule des Urlaubsrechtes gerät ins Wanken!..... Seite 12

Dr. Sören Kramer
Zeitarbeit: Eine Branche unter Druck!Seite 13

Dr. Sören Kramer
Betriebsübergang: Neues aus Luxemburg! Seite 14

Dr. Robert Lepzien
Arbeitsrecht: Erstattung von Detektivkosten.. Seite 15

Das Erbschaftsteuergesetz (wieder) verfassungswidrig?

Es mehren sich die Stimmen, die es für wahrscheinlich halten, dass auch das neue ErbStG zumindest teilweise der kritischen Prüfung durch die Verfassungshüter nicht standhalten wird. Daraus ergibt sich eine Unsicherheit, die man gerade für überwunden gehalten hatte. Zur Erinnerung:

- Im Mai 2002 hatte der Bundesfinanzhof das damalige Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz dem Verfassungsgericht zur Prüfung vorgelegt.
- Das Bundesverfassungsgericht ließ sich mehr als vier Jahre Zeit, um im November 2006 das Gesetz für verfassungswidrig zu erklären und dem Gesetzgeber aufzugeben, bis zum Ende des Jahres 2008 das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht zu novellieren.
- Diese Frist nutzte der Bundesgesetzgeber voll aus. Am 01.01.2009 trat das jetzt geltende Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz in Kraft.

Schon kurz darauf gab es die ersten Verfassungsbeschwerden. Diese Beschwerden wurden im Oktober letzten Jahres zurückgewiesen, aber aus rein formalen Gründen. Mit dem Inhalt des Gesetzes selbst befasste sich das Bundesverfassungsgericht nicht.

Dabei hätte es dazu durchaus Veranlassung gegeben. Das neue Erbschaftsteuerrecht kennt nur strahlende Gewinner und dramatische Verlierer. Daraus ergibt sich der in der juristischen Literatur insbesondere erhobene Vorwurf des Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz des Artikel 3 GG. Dazu einige wenige Beispiele:

- Wer ein Wertpapierdepot oder ein Festgeldkonto im Privatvermögen erwirbt, zahlt volle Steuern. Befindet sich dasselbe Depot oder dasselbe Festgeldkonto dagegen im Betriebsvermögen einer Gesellschaft, bleibt der Vorgang bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen vollkommen steuerfrei. Das gilt grundsätzlich auch, wenn das Festgeldguthaben unmittelbar vor der Schenkung in das Betriebsvermögen eingelegt worden ist.
- Die Schenkung von 25 % des Stammkapitals einer GmbH wird voll besteuert; die Schenkung von 25,1 % dagegen bleibt steuerfrei, selbst wenn die letzten 0,1 % unmittelbar vor dem Schenkungsvorgang hinzuerworben worden sind.
- Die Schenkung von vermieteten Gewerbeimmobilien bleibt steuerfrei, wenn eine gewisse Verwaltungstätigkeit erfolgt (eine Halbtagskraft genügt). Die Schenkung von vermietetem Wohnvermögen mit Eigenverwaltung wird voll besteuert.

Diese Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen. Sie lassen an der Grundgesetzfestigkeit des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts zweifeln. Die Überleitung eines Familienunternehmens auf die nächste Generation ist aber eines der

schwerwiegendsten Ereignisse im Leben dieses Unternehmens. Deshalb stellt sich die Frage, ob Handlungsbedarf besteht. Dabei ist zu unterscheiden:

- Wer unbegünstigtes Vermögen in der Zeit ab 01.01.2009 erworben hat oder noch erwirbt, sollte prüfen lassen, ob gegen den Erbschaft- oder Schenkungsteuerbescheid Einspruch eingelegt werden soll. Dadurch wird die Bestandskraft des Steuerbescheides verhindert für den Fall, dass das Bundesverfassungsgericht in der Zukunft das gesamte Erbschaftsteuergesetz mit Wirkung für die Vergangenheit aufhebt.
- Bei anstehenden Schenkungen sollte eine Klausel in den Vertrag aufgenommen werden, die den Rücktritt für den Fall ermöglicht, dass später ein anderes Schenkungsteuerrecht in Kraft tritt; insoweit ist die Situation dieselbe wie vor dem 01.01.2009.

Unabhängig davon ist zu empfehlen, solche Schenkungen, die ohnehin anstehen (aber auch nur solche), vorzuziehen.

Dr. Helmut Dröge, Büro Detmold | helmut.droege@brandi.net

Abberufung des GmbH-Geschäftsführers

Es kann jeden Geschäftsführer treffen: Er wird mehr oder weniger plötzlich abberufen, weil die Gesellschafter das in ihn gesetzte Vertrauen verloren haben. Die Beteiligten stehen dann vor folgender Situation:

1. Der Geschäftsführer empfindet es als rufschädigend oder zumindest als unbefriedigend, wenn er zu Hause „herumsitzt“. Kann er verlangen, dass ihm eine andere gleichwertige Leitungsfunktion im Unternehmen zugewiesen wird?
- oder
2. Die Gesellschafter wollen nicht einsehen, den Geschäftsführer ohne jede Gegenleistung zu bezahlen. Können sie verlangen, dass der Geschäftsführer dem Unternehmen seine Arbeitskraft für anderweitige Tätigkeiten zur Verfügung stellt?

Die erste Frage hat der Bundesgerichtshof in einer unlängst veröffentlichten Entscheidung verneint (BGH, Urteil vom 11.10.2010 – II ZR 266/08; beide Vorinstanzen hatten im umgekehrten Sinne entschieden).

Unseren unternehmensrechtlich interessierten Lesern ist der Trennungsgrundsatz bekannt. Danach sind Organ- und Anstellungsverhältnis rechtlich voneinander unabhängig. Aus der rechtlichen Trennung folgt, dass beide Rechtsverhältnisse nach den jeweils für sie geltenden Vorschriften beendet werden. Die Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung des Geschäftsführers nach § 38 Abs. 1 GmbHG gibt den Gesellschaftern im Bereich der Geschäftsführung eine weitgehende Organisationsfreiheit, sofern nicht in der Satzung der GmbH eine Einschränkung der Abberufungsbefugnis enthalten ist

(Abberufung nur aus wichtigem Grunde, vgl. § 38 Abs. 2 GmbHG). Der Bundesgerichtshof hatte die Frage zu entscheiden, ob sich aus dem Anstellungsvertrag ein Anspruch des Geschäftsführers auf anderweitige Beschäftigung in einer leitenden Position ergibt. Im Allgemeinen haben Geschäftsführerdienstverträge nur die Beschäftigung als Geschäftsführer zum Gegenstand. Eine Tätigkeit unterhalb der Organebene wird üblicherweise nicht vereinbart. Sie wäre gegenüber der Geschäftsführertätigkeit ein aliud und kann deshalb aus dem Anstellungsvertrag nicht hergeleitet werden. Nach Auffassung des BGH entspricht dies auch der typischen Interessenlage der Beteiligten. Der abberufene Geschäftsführer hat kein existenzielles Interesse an der Weiterbeschäftigung, da er aufgrund des Fortbestehens des Anstellungsvertrages i.V.m. § 615 BGB einen Anspruch auf Fortzahlung des Gehaltes hat. Demgegenüber hat die Gesellschaft ein schutzwürdiges Interesse daran, dass Leitungspositionen in ihrem Unternehmen nur mit Personen ihres Vertrauens besetzt werden. Das alles gilt allerdings nur, wenn der Anstellungsvertrag allein die Beschäftigung als Geschäftsführer vorsieht. Erlaubte der Vertrag den Einsatz auch in einer anderen Position, kann der Geschäftsführer das auch verlangen und diesen Anspruch ggf. gerichtlich durchsetzen. Im „Normalfall“ besteht ein solcher Anspruch nicht. Damit ist die erste Frage beantwortet.

Die zweite Frage stellt sich vermutlich noch häufiger: Der Geschäftsführer findet sich mit der Abberufung ab. Er möchte gar nicht in einer anderen Position tätig sein. Er ist damit zufrieden, wenn er bis zum Vertragsende seine Vergütung erhält. Das Unternehmen will die Vergütung nicht ohne Gegenleistung erbringen und fordert den Geschäftsführer auf, eine andere Tätigkeit zu übernehmen. Wenn der Geschäftsführerdienstvertrag (nur) eine Geschäftsführertätigkeit und nicht alternativ Arbeitsleistungen unterhalb der Geschäftsführerebene zum Gegenstand hat, schuldet der Geschäftsführer nur diese Tätigkeit und nichts anderes.

Damit ist Frage 2 aber noch nicht abschließend beantwortet. Die Gesellschaft, die infolge der Abberufung die Dienste des Geschäftsführers als Gesellschaftsorgan nicht mehr in Anspruch nimmt, gerät allein dadurch in Annahmeverzug (§§ 294 f. BGB). Sie bleibt zur Zahlung der vereinbarten Vergütung einschl. Tantieme und/oder sonstiger erfolgsabhängiger Vergütungsbestandteile verpflichtet. Allerdings muss sich der Geschäftsführer nach § 615 S. 2 BGB anderweitig erworbenen oder böswillig nicht erworbenen Verdienst anrechnen lassen. Sofern der ehemalige Geschäftsführer eine ihm angebotene andere leitende Stellung im Unternehmen, die seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entspricht, nicht annimmt, kann dies als böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs gewertet werden. Der ehemalige Geschäftsführer riskiert außerdem, dass infolge der unbegründeten Ablehnung einer anderweitigen Tätigkeit die fristlose Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrages erfolgen kann.

Die sich ergebenden Fragen sind nicht ganz leicht zu entscheiden. Die neue BGH-Entscheidung zeigt, dass es zunächst einmal entscheidend auf den Inhalt des Geschäftsführerdienstvertrages ankommt, der entsprechend sorgfältig ausformuliert sein muss.

Falls das Unternehmen nach der Abberufung eine anderweitige Tätigkeit anbietet, kommt es sehr darauf an, dass diese Tätigkeit gleichwertige Leitungsfunktionen zum Gegenstand hat und den Kenntnissen und Fähigkeiten des (ehemaligen) Geschäftsführers entspricht. Ein solches Angebot werden die Gesellschafter i.d.R. nicht machen (können). Zur sachgerechten Entscheidung der Frage 2 wird sehr sorgfältig geprüft werden müssen, ob ein evtl. Alternativangebot gleichwertig ist.

Dr. Axel Brandi, Büro Bielefeld | axel.brandi@brandi.net

Überraschung: Einstweiliger Rechtsschutz in den Niederlanden

Viel großzügiger als in Deutschland erlassen niederländische Gerichte Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes. Dazu zählen insbesondere die Arretierung von Bankkonten aber auch andere Anordnungen, wie z.B. die Verpflichtung, begonnene Vertragsverhandlungen fortzuführen.

Parteien, die in den Niederlanden verklagt werden, müssen damit rechnen, dass Konten bei niederländischen Banken durch einen Antrag des Klägers auf Erlass eines Arrestes gerichtlich beschlagnahmt werden. Solchen Anträgen wird sehr großzügig und schnell stattgegeben. Sie werden in der Regel erst nach Beendigung des Hauptsacheverfahrens wieder aufgehoben. Das bedeutet, dass die Konten unter Umständen über mehrere Jahre eingefroren bleiben.

Ein solcher Arrest kann jedoch auch erfolgversprechend zur Sicherung von Vermögen beantragt werden, wenn gegen einen niederländischen Beklagten eine Klage in Deutschland erhoben wird.

Neben der Arretierung von Bankkonten ordnen Gerichte in den Niederlanden allerdings etwa auch an, dass Vertragsverhandlungen, die von einer Partei abgebrochen wurden, weitergeführt werden sollen. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Anordnung äußerst problematisch ist (und von deutschen Gerichten auch nicht verfügt würde). Wie soll man Verhandlungen führen, wenn man keinen Vertrag mit dem Verhandlungspartner abschließen möchte?

Was ist also bei der Vertragsgestaltung und Prozessführung unter Beteiligung niederländischer Parteien zu beachten?

1. Die Vereinbarung eines Gerichtsstands in Deutschland hilft nicht für Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes. Dafür bleiben die niederländischen Gerichte zuständig (Art. 31 EuGVO). Will man dies vermeiden, muss die Gerichtsstandsklausel eine ausdrückliche Regelung auch für den einstweiligen Rechtsschutz enthalten. Ob das immer zweckmäßig ist, muss von Fall zu Fall entschieden werden.
2. Verklagt man eine Partei, die über Bankkonten in den Niederlanden verfügt, ist die Arretierung dieser Konten zu prüfen.

3. Werden umfangreiche Verträge über einen längeren Zeitraum verhandelt (z.B. Unternehmenskaufverträge, Verträge über eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung oder Joint-Venture-Vereinbarungen), sollte vor Beginn der Verhandlungen eine Vereinbarung (z.B. Vertraulichkeitsvereinbarung) abgeschlossen werden, in der sich jede Partei vorbehält, die Verhandlungen jederzeit und ohne Grund abzubrechen. Auch sollten sämtliche Schadensersatzansprüche ausgeschlossen und eine für den konkreten Fall passende Gerichtsstandsklausel vereinbart werden.

Dr. Franz Tepper, Büro Gütersloh | franz.tepper@brandi.net

Repräsentanzbüros in China verlieren an Attraktivität, kleine Tochterunternehmen werden echte Alternative

Über Jahrzehnte duldeten die chinesische Regierung, dass Repräsentanzbüros ausländischer Unternehmen das Verbot unmittelbarer wirtschaftlicher Tätigkeit missachteten. Geltende Steuerbestimmungen waren einfach zu vermeiden. Seit Anfang 2010 ergingen jedoch mehrere neue, strengere Regularien, deren Durchsetzung für 2011 zu erwarten ist. Gleichzeitig wurde über die letzten Jahre aber die Errichtung hundertprozentiger Tochterunternehmen in China erleichtert. In China durch Repräsentanzbüros tätige Unternehmen sollten daher überprüfen, ob nun stattdessen die Errichtung eines Tochterunternehmens sinnvoll ist. Neuinvestoren sollten von Anfang an beide Investitionsformen vergleichen.

Nach chinesischem Recht ist ein Repräsentanzbüro eines ausländischen Unternehmens eine genehmigungspflichtige Niederlassung ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Eine Mindestinvestition ist für dessen Errichtung nicht erforderlich, jedoch dürfen Repräsentanzbüros lediglich geschäftsvorbereitende Aufgaben übernehmen. Direkte, einnahmenerzielnde Tätigkeiten sind ihnen mit einigen engen Ausnahmen seit je her untersagt. Tatsächlich wurden solche Tätigkeiten aber in einem gewissen Maße geduldet und die daraus erzielten Gewinne grundsätzlich einer pauschalen, an den Ausgaben des Repräsentanzbüros bemessenen Besteuerung unterworfen. Sofern den Steuerbehörden gegenüber jedoch versichert wurde, dass auch tatsächlich keine Gewinne erzielt wurden, wurde von einer Besteuerung abgesehen; eine laufende Überprüfung solcher Angaben fand praktisch nicht statt. Viele Repräsentanzbüros sind daher tatsächlich aktive Verkaufsbüros, die unter Missachtung der gesetzlichen Bestimmungen keinerlei Steuern in China zahlen.

Drei im Laufe des Jahres 2010 neu erlassene Vorschriften stellen inzwischen jedoch unmissverständlich klar, dass solche Gesetzesverstöße in Zukunft nicht mehr geduldet werden sollen. Die Voraussetzungen für die Errichtung eines Repräsentanzbüros wurden erhöht, die Formulierungen der Tätigkeitsbeschränkungen exakter, die Sanktionen bei Zuwiderhandlungen strenger, die persönliche Haftung des Chefpräsidenten – des Leiters des Repräsentanzbüros – verschärft, die Steuersätze erhöht und schließlich die Rechnungslegungsvorschriften ausgeweitet. Insbesondere müssen alle Repräsentanzbüros ab diesem Jahr jährlich in

der Zeit zwischen dem 1. März und dem 30. Juni bei der Industrie- und Handelsverwaltungsbehörde die fortbestehende rechtmäßige Existenz des Mutterunternehmens nachweisen, über die Geschäftssituation des Repräsentanzbüros berichten und schließlich spätestens ab 2012 von Wirtschaftsprüfern kontrollierte Berichte zu den Ausgaben und Einnahmen vorlegen.

Hundertprozentige Tochterunternehmen, sog. „Wholly Foreign Owned Enterprises“, kurz WFOEs), andererseits entsprechen in ihrer Rechtsform weitgehend der deutschen GmbH. Sie verfügen über eine eigene Rechtspersönlichkeit, sind ebenfalls genehmigungspflichtig und erfordern ein von Ort und Geschäftsbereich abhängiges Mindeststammkapital. Im Rahmen des genehmigten Geschäftsbereichs dürfen WFOE's frei gewerblich tätig werden. Die Besteuerung der Erträge ist der deutschen Körperschaftsteuer vergleichbar. Über lange Jahre jedoch war der Erhalt einer WFOE-Genehmigung schwierig. Dann wurden zwar die Voraussetzungen gelockert, hohe Mindestkapitalanforderungen und strenge Geschäftsbereichsbegrenzungen blieben jedoch bestehen. Erst in den letzten Jahren hat sich dies geändert. Inzwischen ist es in den meisten Branchen relativ einfach und preiswert, ein WFOE zu errichten. Sofern der Geschäftsbereich eines WFOE's auf Dienstleistungserbringungen ohne unmittelbaren Vertrieb von Waren beschränkt ist, genügt an sehr vielen Standorten schon ein Mindestkapital von ca. EUR 10.000,- für den Erhalt der WFOE-Lizenz. Ein solches WFOE kann dann legal und mit der Möglichkeit, Betriebsausgaben von den steuerpflichtigen Erträgen abzusetzen, all die Tätigkeiten vornehmen, die viele Repräsentanzbüros in der oben beschriebenen rechtlichen Grauzone ausüben.

Darüber hinaus sind WFOEs wachstumsfähig: Das Stammkapital kann erhöht, der Geschäftsbereich um Produktion und Handel erweitert, Betriebsstätten an anderen Orten Chinas errichtet werden. Schließlich können – was Repräsentanzbüros nicht möglich ist – in China Einnahmen verbucht sowie erwirtschaftete Gewinne inzwischen weitgehend problemlos in Devisen umgetauscht und an die ausländischen Gesellschafter im Ausland ausgeschüttet werden.

In vielfacher Hinsicht ist daher ein kleines WFOE im Vergleich zu einem Repräsentanzbüro die nun in den meisten Fällen attraktivere Organisationsform für den Geschäftsaufbau in China.

Dr. Holger Hanisch, Büro Peking | peking@brandi.net

Dr. Nils Wigglinghaus, Büro Gütersloh | nils.wigglinghaus@brandi.net

Das Gemeindefinanzrecht lebt wieder!

Zu dieser Vorstellung könnte man jedenfalls gelangen, wenn man das am 16.12.2010 mit den Stimmen der Regierungskoalition SPD und Bündnis 90/Die Grünen und den Stimmen der Fraktion „Die Linke“ verabschiedete „Gesetz zur Resozialisierung des Gemeindefinanzrechts“ übersetzt. Man könnte sogar der Auffassung sein, dass das Kommunalfinanzrecht in Nordrhein-Westfalen nach Auffassung der Regierungskoalition vorher tot war und nun gleichsam wieder

ins Leben gerufen wurde. Ganz so ist es sicherlich nicht. Gleichwohl wird man nicht verhehlen können, dass das am 28.12.2010 in Kraft getretene Gesetz den kommunalen Unternehmen wieder mehr Handlungsspielräume zuweist. Wir hatten über den Gesetzesentwurf bereits in der Dezemberausgabe des Mandantenrundbriefs berichtet. Dieser Entwurf ist nunmehr in weiten Zügen Gesetz geworden, vgl. GVBl. Nr. 38 vom 28.12.2010, S. 688 ff.

Neben der von den Regierungsfractionen gewünschten Rückkehr zum Rechtszustand der §§ 107 ff. GO NRW des Jahres 2007 ist insbesondere das Erfordernis des „dringenden“ öffentlichen Zwecks in § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW gestrichen worden. Zudem führt der Landesgesetzgeber mit § 107a GO NRW eine neue Vorschrift ein, die teilweise bereits als „Lex-Stadtwerke“ bezeichnet wird. Diese Vorschrift nimmt die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung aus dem Anwendungsbereich des allgemeinen § 107 GO NRW aus und regelt gesonderte Zulässigkeitsvoraussetzungen. Ziel des Landesgesetzgebers war es in diesem Zusammenhang, die kommunalen Stadtwerke vor der Konkurrenz der großen „Vier“ auf dem Energiemarkt zu schützen und diese zukunftsfest zu machen.

Zusätzlich erlaubt § 107a GO NRW mit den Bereichen Strom-, Gas- und Wärmeversorgung „verbundene Dienstleistungen“, und zwar wenn diesen im Vergleich zum Hauptzweck nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt, was im Grunde aber bereits vorher grundsätzliche Rechtsprechung des OVG NRW war. Im Zuge der Beratungen des Entwurfs wurde dann noch auf Empfehlung von befragten Sachverständigen eine „Rücksichtnahmeklausel“ eingefügt. Das kommunale Unternehmen soll sich nur dann im Bereich der verbundenen Dienstleistungen betätigen dürfen, wenn die Gemeinde sicherstellt, dass bei der Erbringung dieser Dienstleistung die Belange kleinerer Unternehmen, insbesondere des Handwerks, berücksichtigt werden. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde gerade diese neue Vorschrift seitens der Handwerkerschaft heftig kritisiert. Die Gerichte werden zu klären haben, ob dieses bloße Folklore ist oder auch zu wirklichen Einschränkungen führen kann.

Im Vergleich zum Gesetzesentwurf komplett neu eingeführt wurde § 108a GO NRW, der die Arbeitnehmermitbestimmung in sog. fakultativen Aufsichtsräten regelt. Hierbei handelt es sich um eine Regelung wie sie das Gemeindefachrecht etwa im Sparkassenbereich in ähnlicher Form bereits kennt.

Die Gesetzesberatungen haben gezeigt, dass fast kein Sachbereich so stark umstritten ist und so intensiv diskutiert wird wie das Gemeindefachrecht. Das ist vermutlich so, weil sich die Parteien hier deutlich zu ihrer wirtschaftspolitischen Ausrichtung bekennen können und auch müssen. Während die konservative Seite das Credo „Privat vor Staat“ für sich in Anspruch nahm und nimmt, sieht es die aktuelle Regierungskoalition eher anders herum.

Im Übrigen löst auch das neue Gesetz nach wie vor bestehende Probleme nicht. So bleibt es ein durchaus ernst zu nehmendes Rechtsproblem, ob sich die Gemeinde über ihre Unternehmen überhaupt außerhalb des Gemeindegebiets

und noch dazu auf ausländischen Märkten betätigen darf. Im Gesetzgebungsverfahren ist von prominenter Stelle darauf hingewiesen worden, dass es eine durchaus beträchtliche Anzahl von Rechtswissenschaftlern gibt, die die Regelungen des nordrhein-westfälischen Gemeindefachrechts in diesem Punkt für „grottenverfassungswidrig“ halten. Es ist zu prognostizieren, dass diese Frage auf kurz oder lang das OVG NRW beschäftigen wird. In der Zwischenzeit müssen wir mit dem neuen Gesetz arbeiten. Es bleibt abzuwarten, wie es sich in der Praxis entwickeln wird.

Dr. Jörg Niggemeyer, Büro Paderborn | joerg.niggemeyer@brandi.net

Welche Angaben über Preise, Versandkosten und Mehrwertsteuer sind auf Internet-Plattformen und bei Preissuchmaschinen erforderlich?

Der Bundesgerichtshof hatte Ende 2007 (Az. I ZR 143/04) entschieden, dass der durchschnittliche Käufer im Versandhandel mit zusätzlich zum Kaufpreis anfallenden Liefer- und Versandkosten rechnen. Danach genügt es, wenn diese Informationen alsbald, leicht erkennbar und gut wahrnehmbar auf einer gesonderten Seite angegeben werden. Erforderlich ist jedoch, dass diese Seite zwingend vor Einleitung des eigentlichen Bestellvorgangs aufgesucht werden muss.

Die Versandkosten dürfen dann, wenn die Waren in Preisvergleichslisten in einer Preissuchmaschine beworben werden, allerdings nicht erst auf der eigenen Internetseite des Werbenden genannt werden, die man erst mit Anklicken der Warenabbildung oder des Produktnamens erreichen kann. Wer so handelt, verstößt gegen § 1 Abs. 6 der Preisangabenverordnung (PAngV), wonach die Angaben der allgemeinen Verkehrsauffassung und den Grundsätzen der Preiswahrheit und Preisklarheit entsprechen, dem Angebot oder der Werbung zuzuordnen, leicht erkennbar, deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar sein müssen. Preisvergleichslisten sollen dem Verbraucher vor allem einen schnellen Überblick verschaffen, was er für das vertragliche Produkt letztlich insgesamt zahlen muss. Der Verbraucher erwartet daher laut BGH die Angabe des Endpreises sowie aller zusätzlichen Kosten, insbesondere der Versandkosten, in der Übersichtsliste, da er bereits anhand der Liste eine Vorauswahl trifft. Wenn hier falsche - zu geringe - Preise genannt werden, würde der Kunde wettbewerbswidrig angelockt, es liegt insgesamt ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot vor (BGH, Urteil vom 16.07.2009, Az. I ZR 140/07- „Versandkosten bei Froogle“).

Am 18.03.2010 im Urteil „Versandkosten bei Froogle II“ (Az. I ZR 16/08) hat der BGH weiter entschieden, dass dann, wenn ein solcher Verstoß gegen die Preisangabenverordnung bzw. das Irreführungsverbot vorliegt, der anbietende Händler wettbewerbsrechtlich als Täter verantwortlich ist, wenn er die Preisangaben dem Betreiber der Suchmaschine mitgeteilt hat und dieser die Preisangaben unverändert in seine Suchmaschine einstellt. Der verurteilte Händler hatte den Preis einer Digitalkamera nachträglich erhöht, ohne den Betreiber der Suchmaschine zu informieren, sodass diese einen zu niedrigen Preis anzeigte. Die Verteidigung des Händlers, er sei nicht dafür verantwortlich, dass der Betreiber

der Suchmaschine die mitgeteilten Preisänderungen nur einmal täglich in das System übernehme, wies der BGH erneut zurück (wie schon im Urteil vom 11.03.2010 „Espressomaschine“ – Az. I ZR 123/08). Darauf könne sich der Händler nicht berufen, weil er die Preiserhöhung selbst herbeigeführt habe.

Auch mit der Frage der Umsatzsteuerangabe bei Werbung im Internet hat sich der BGH schon mehrfach befasst. In der Anzeigenwerbung und auch in Werbespots genügt es, wenn der Hinweis darauf, dass im Preis die Umsatzsteuer enthalten ist, in Form eines klaren und unmissverständlichen Sternchen-Hinweises erfolgt. Es gibt keine Verpflichtung, Preis und Hinweis in unmittelbarem Zusammenhang wiederzugeben. Wer dem Letztverbraucher gewerbsmäßig Waren oder Leistungen über das Internet anbietet, muss jedoch angeben, dass die geforderten Preise die Umsatzsteuer enthalten, § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAngV. Wegen dieser Vorschrift stellt der Hinweis daher keinen Verstoß gegen das Verbot der Werbung mit Selbstverständlichkeiten dar. Darauf, dass die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften gelten und welchen Inhalt sie haben, braucht hingegen nicht hingewiesen zu werden (Urteil vom 04.10.2007 „Umsatzsteuerhinweis“ – Az. I ZR 22/05).

Diese Rechtsprechung hat der BGH fortgeführt und am 29.04.2010 (Az. I ZR 99/08) entschieden, dass jeder, der gewerblich Endverbrauchern z.B. Gebrauchtfahrzeuge über www.mobile.de anbiete, ebenfalls den Endpreis einschließlich der Umsatzsteuer angeben müsse. Der Händler hatte sich damit verteidigt, er verkaufe nur an Unternehmer. Laut BGH richten sich für jedermann zugängliche Internetangebote wie z.B. auf www.mobile.de, die keine eindeutigen und unmissverständlichen Beschränkungen enthalten, zumindest auch an private Verbraucher, weshalb die Vorschriften der Preisangabenverordnung zu beachten sind.

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

Vorsicht beim Einstellen von Bildern ins Internet!

Wer für sich geschützte Bilder im Internet frei zugänglich macht, muss nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.04.2010 (Az. I ZR 69/08) mit den im Internet üblichen Nutzungshandlungen, wie der Wiedergabe seines Bildes in einer Suchmaschine, rechnen.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte eine Künstlerin auf ihrer Website verschiedene Abbildungen ihrer Kunstwerke mit Copy-Right-Vermerk eingestellt. Den Quelltext ihrer Website hatte sie zum Zwecke der „Suchmaschinenoptimierung“ durch Meta-Tags angefüllt. Technische Sicherungsmaßnahmen gegen das Auffinden der Bilder durch Suchmaschinen hatte sie nicht getroffen. Die Bilder tauchten dann in der Google-Bildersuche als Vorschaubilder (sogenannte Thumbnails) auf. Die Künstlerin verlangte Unterlassung wegen Verletzung ihrer Urheberrechte.

Der BGH stellte zunächst fest, dass die Wiedergabe der Abbildungen der Kunstwerke durch die Suchmaschine in das

alleinige Vorführungsrecht der Künstlerin, also in das alleinige Recht, die Bilder durch technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen, eingreife. Dieser Eingriff sei aber nicht rechtswidrig, so dass der Künstlerin kein Unterlassungsanspruch zustehe. Zwar könne nicht angenommen werden, dass die Künstlerin mit dem Einstellen der Bilder auf ihrer Website durch schlüssiges Verhalten ein Vorführungsrecht einräumen wollte. Denn im bloßen Einstellen von Abbildungen urheberrechtlich geschützter Werke ins Internet komme lediglich der Wille zum Ausdruck, dass diese Abbildungen von anderen Internetnutzern angesehen werden können. Auch die Suchmaschinenoptimierung, also dass bestimmte Texte oder Wörter von der Suchmaschine gefunden werden sollen, bringe nicht den Willen zum Ausdruck, dass dem Suchmaschinenbetreiber das Recht übertragen werden soll, auch Abbildungen, die im Zusammenhang mit diesen Wörtern von der Suchmaschine auf der Internetseite aufgefunden werden, im Wege von Vorschaubildern anzuzeigen.

Andererseits sei jedoch die textgestützte Bildersuche mit der Anzeige der gefundenen Abbildungen in Vorschaubildern ein übliches Verfahren von Bildersuchmaschinen. Wenn gleichwohl eine Suchmaschinenoptimierung vorgenommen und eine mögliche Blockierung der Suchmaschinenindexierungen von Bildern unterlassen werde, sei darin, so der BGH, trotz des Copy-Right-Vermerks eine schlichte Einwilligung der Künstlerin in die Wiedergabe durch die Suchmaschine zu sehen. Ein Berechtigter, der Texte oder Bilder im Internet ohne Einschränkungen frei zugänglich macht, müsse mit den nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen rechnen.

Diese Rechtsprechung hat mittlerweile das Landgericht Hamburg durch ein Urteil vom 16.06.2010 (Az. 325 O 448/09) noch fortgeführt. Dort betrieb die Beklagte eine Personensuchmaschine, d.h. eine Suchmaschine, deren Suchroutine auf personenbezogene Daten spezialisiert ist. Gab man dort im Suchfeld den Namen der Klägerin ein, wurde ein Foto von ihr angezeigt. Es wurde auf eine externe Quelle, nämlich die Unternehmenshomepage, auf der der Arbeitgeber der Klägerin das Foto mit ihrer Einwilligung verwandte, verlinkt. Auch hier war die Unternehmenshomepage für Suchmaschinen optimiert und ohne technische Sicherung gegen die Wiedergabe von Bildern, was die Klägerin, die ja nur die Veröffentlichung ihres Bildes auf der Unternehmenshomepage wollte und erlaubt hatte, nicht wusste. Ohne dieses Wissen der Klägerin konnte eine „schlichte Einwilligung“ im Sinne der Rechtsprechung des BGH eigentlich nicht angenommen werden. Das Landgericht hat sie aber im Ergebnis darin gesehen, dass die Klägerin von ihrem Arbeitgeber keine Sicherungsmaßnahmen verlangt hatte.

Wer also einerseits das Internet nutzen will, um geschützte Bilder oder Texte zu zeigen, andererseits aber deren Wiedergabe durch Suchmaschinen nicht wünscht, sollte keine Suchmaschinenoptimierung betreiben und alle technischen Sicherungsmaßnahmen ausschöpfen.

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller, Büro Gütersloh
hans-juergen.buchmueller@brandi.net

EuGH: Urheberrechtlicher Softwareschutz für die Gestaltung von Internetseiten?

Unternehmerische Innovationen sind oftmals Gegenstand von Begehrlichkeiten des Wettbewerbs, d.h. sie werden gern übernommen und kopiert. Dies betrifft nicht nur die eigenen Produkte, sondern mitunter auch die Internetseite des Unternehmens, die wegen ihrer großen Bedeutung als weltweite Visitenkarte oftmals Gegenstand hoher Investitionen ist und erhebliche Kosten verursacht hat. Inwiefern kommt aber nun Nachahmungsschutz für die Gestaltung von Internetseiten bzw. graphischen Benutzeroberflächen von Computerprogrammen in Betracht? Bei technischen Neuheiten durchläuft die Rechtsprechung oftmals zunächst einen Findungsprozess. Hinsichtlich der in der Überschrift gestellten Frage ist er nun durch eine Entscheidung des EuGH vom 22.12.2010 abgeschlossen. Ein Gericht aus Tschechien hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob der Gestaltung von Internetseiten auch der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen offen steht.

In Umsetzung der EU-Richtlinie, zu der die Entscheidung des EuGH ergangen ist, regelt auch das deutsche Urheberrechtsgesetz, dass urheberrechtlicher Schutz in Betracht kommt „für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms“. Ein urheberrechtlicher Schutz wäre hier unter zwei Aspekten sehr verlockend: Zum einen sind die Anforderungen an die Schöpfungshöhe eines Computerprogramms als Schutzvoraussetzung nicht sehr hoch, erfasst ist auch die „kleine Münze“ des Programmschaffens. Nach der amtlichen Gesetzesbegründung ist bei Computerprogrammen die Schutzfähigkeit die Regel, die Gerichte vermuten diese zumindest bei komplexen Programmen. Zum anderen geht der Schutzbereich hier sehr weit und erfasst auch unfreie Bearbeitungen und andere Umgestaltungen eines übernommenen Programms. Davon ist so lange auszugehen, bis in dem veränderten Programm das Neue überwiegt und das Übernommene verblasst.

Der EuGH hat die ihm vorgelegte Frage, ob es sich bei der Gestaltung einer Internetseite um eine Ausdrucksform eines Computerprogramms handelt, indes verneint. Damit seien nur solche Formen gemeint, die zur Vervielfältigung oder späteren Entstehung eines Computerprogramms führen können, wie insbesondere der Quellcode und der Objektcode. Eine graphische Benutzeroberfläche ermöglicht es indes nicht, ein Computerprogramm zu vervielfältigen, sondern stellt lediglich eine Interaktionsschnittstelle für den Benutzer dar. Auch die deutschen Gerichte gewähren hier keinen Computerprogrammenschutz, da insoweit nur Programme als solches geschützt werden, aber nicht von Computerprogrammen erzielte Ergebnisse.

Abschließend weist der EuGH noch darauf hin, dass der Text oder die optische Gestaltung von Internetseiten aber möglicherweise in einer der traditionellen Werkkategorien urheberrechtlichen Schutz genießen kann, also als Sprachwerk, Werk der bildenden Kunst oder wissenschaftlich-technisches Werk. Hier gelten indes durchweg sehr hohe Schutzanforderungen, die selten erfüllt sein werden.

Nicht zu befassen hatte sich der EuGH mit der Frage, ob man als Betroffener mit dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz weiterkommt, der grundsätzlich für jedes Leistungsergebnis offensteht, das sich von vorbekannten Gestaltungen unterscheidet und über eine gewisse Bekanntheit am Markt verfügt. Hinzu kommen muss allerdings grundsätzlich eine vermeidbare Herkunftstäuschung, d.h. die nachgeahmte Internetseite müsste ebenfalls irrig dem Anbieter der Originalseite zugeordnet werden. Wegen der Angaben auf den Internetseiten ist davon jedoch regelmäßig nicht auszugehen. Als weitere Einschränkungen kommen hinzu, dass zum einen auch hier kein Schutz für abstrakte Gestaltungsideen besteht, sondern lediglich für deren konkrete, individuelle Umsetzung. Zum anderen darf es sich auch nicht um eine technisch bedingte oder sonst alternativlos optimale Gestaltung handeln, da man sich diese ebenfalls nicht monopolisieren kann.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass es im Bereich von Internetseiten weiterhin schwierig bleibt, dem Diebstahl eigener Gestaltungen beizukommen.

Frank Schembecker, Büro Detmold | frank.schembecker@brandi.net

Zulässigkeit von Deep Links bei technischen Schutzmaßnahmen

Wird ein sog. „Deep Link“ auf eine andere Internetseite mit urheberrechtlich geschütztem Inhalt gesetzt, ist das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung aus § 19a Urheberrechtsgesetz (UrhG) verletzt, wenn dabei eine vom Berechtigten eingerichtete technische Schutzvorrichtung umgangen wird. Die technische Schutzmaßnahme des Berechtigten muss nicht wirksam sein, sondern es reicht aus, wenn sie erkennbar macht, dass der Berechtigte den öffentlichen Zugang zu dem Werk nur auf dem von ihm vorgesehenen Weg ermöglichen will. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) am 29.04.2010 entschieden (Az. I ZR 39/08).

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall bot die Klägerin im Internet elektronische Stadtpläne zum Abruf an. Werden auf der Startseite der Klägerin Adressaten in ein Suchformular eingegeben, wird der gewünschte Kartenausschnitt auf einer weiteren tiefer liegenden Internetseite angezeigt. Privaten Nutzern stellte die Klägerin ihren Dienst grundsätzlich kostenfrei zur Verfügung und verlangte für eine gewerbliche oder dauerhafte Nutzung Lizenzgebühren. Sie ermöglichte den Zugang zu den Kartenausschnitten nur noch bei Verwendung einer sog. Session ID, welche bei Aufruf der Startseite erteilt wird und zeitlich befristet ist. Das beklagte Wohnungsbauunternehmen bot den Nutzern ihrer Website die Möglichkeit, zu dort angebotenen Mietwohnungen über einen Hyperlink einen entsprechenden Kartenausschnitt von der Internetseite der Klägerin herunterzuladen und abzurufen. Hierbei verwendete sie eine Programmroutine, die unter Umgehung der Startseite der Klägerin unmittelbar zur Website mit dem Kartenausschnitt führte, der von dem Kunden gewünscht war. Der Nutzer der Internetseite der Beklagten wurde also nicht erst auf die Eingangs- bzw. Startseite der Klägerin geleitet, sondern ihm wurde der darunter und tiefer

liegende Kartenausschnitt unmittelbar angezeigt (Deep Link). Die Klägerin erblickte darin eine Urheberrechtsverletzung und nahm die Beklagte auf Auskunftserteilung und Schadensersatz sowohl erstinstanzlich vor dem LG Hamburg als auch in der Berufung vor dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg erfolglos in Anspruch. Die Revision der Klägerin vor dem Bundesgerichtshof hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung.

Der BGH hält an seiner bisherigen Auffassung fest, wonach das Setzen eines Deep Links auf eine Internetseite mit urheberrechtlich geschütztem Inhalt als solches nicht urheberrechtswidrig ist. Denn derjenige, der einen Hyperlink auf eine vom Berechtigten öffentlich zugänglich gemachte Internetseite mit einem urheberrechtlich geschütztem Werk setzt, greift grundsätzlich auch dann nicht in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ein, wenn es sich um einen sogenannten Deep Link handelt, der unter Umgehung der Startseite auf andere Seiten der Webseite führt. Der Setzer eines Deep Links sowie eines jeden Hyperlinks verweist nur auf das Werk und erleichtert den Nutzern lediglich den Zugang hierzu. Er hält das geschützte Werk weder selbst öffentlich zum Abruf bereit noch übermittelt er es selbst auf Abruf an Dritte. Nicht derjenige, der den Link setzt, sondern allein derjenige, der das Werk ins Internet gestellt hat, entscheidet über die Zugänglichkeit des Werkes. Wird die das Werk enthaltene Webseite gelöscht, gehen der Hyperlink und auch der Deep Link ins Leere. Das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung ist dann verletzt, wenn bei der Verlinkung eine vom Berechtigten eingerichtete technische Schutzvorrichtung umgangen wird. Bisläng war aber nicht geklärt, wie derartige Schutzmaßnahmen beschaffen sein müssen, wenn sie umgangen werden.

Mit der aktuellen Entscheidung hat der BGH diese Frage geklärt. Die Schutzmaßnahmen müssen keine wirksamen technischen Maßnahmen im Sinne von § 95a UrhG sein. Entscheidend ist, dass überhaupt Schutzmaßnahmen getroffen sind und diese den Willen des Berechtigten erkennbar machen, den öffentlichen Zugang zu dem geschützten Werk nur mit den von ihm vorgesehenen Einschränkungen zu ermöglichen.

Solche Einschränkungen können darin bestehen, den Zugang zu dem geschützten Werk nur bestimmten Nutzern oder nur auf einem bestimmten Weg zu ermöglichen. Der Berechtigte macht das Werk dann lediglich in dieser eingeschränkten Weise zugänglich. Wer dann gleichwohl einen Hyperlink als Deep Link setzt und derartige Schutzmaßnahmen umgeht, eröffnet einen Zugang zum Werk, der ansonsten für diesen Nutzer oder auf diesem Weg nicht bestünde. Die Klägerin hatte mit dem Einsatz der Session ID erkennbar bezweckt, Abfragen nicht lizenzierter Nutzer stets über die Startseite ihrer Website zu leiten und einen unmittelbaren Zugriff auf die gewünschten Kartenausschnitte damit auszuschließen. Die Beklagte hatte die Umleitung über die Startseite der Klägerin mit einem von ihr eingesetzten Script ausgeschaltet und ihren Kunden so einen direkten Zugriff auf den gewünschten Kartenausschnitt ermöglicht. Hiermit hatte die Beklagte die Kartenausschnitte der Klägerin auf eine Weise und auf einem Weg öffentlich zugänglich gemacht, den die Klägerin durch die Verwendung der Session ID erkennbar

unterbinden wollte. Der Bundesgerichtshof hat die Sache zurückverwiesen, da noch nicht geklärt wurde, ob die Kartenausschnitte überhaupt urheberrechtlich geschützt sind.

Mit seiner Entscheidung hat der BGH eine weitere praktische Frage geklärt. Es bleibt abzuwarten, welche weiteren Schutzvorrichtungen neben der Verwendung von Session-IDs geeignet sind, den Willen des Berechtigten erkennbar zu machen, dass nur eine bestimmte Zugriffsart von diesem gewünscht sind und damit Ausprägung seines Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung sind. Die Entscheidung dürfte nicht nur für die Verlinkung auf Inhalte, die urheberrechtlich geschützte Werke darstellen, sondern auch für Datenbanken Bedeutung erlangen.

Hubert Salmen, Büro Paderborn | hubert.salmen@brandi.net

Haftet der Arbeitgeber für illegale Downloads seiner Angestellten?

Praktisch alles, was digitalisierbar ist, kann inzwischen irgendwo im Internet heruntergeladen werden: Computerspiele, Musiktitel, Filme, Fotos, Software und sogar ganze Bücher. Häufig geschieht dies ohne Einwilligung der Inhaber der Urheberrechte und damit illegal. Besonders beliebt sind Internetaustauschbörsen (sog. Filesharing), über die vor allem aktuelle Musiktitel und Filme heruntergeladen werden können. Was viele nicht wissen: Wer sich an einer solchen Tauschbörse beteiligt, macht in der Regel selbst den anderen Teilnehmern die auf seinem Rechner gespeicherten Musik- und Filmdateien verfügbar. Dass dies eine Urheberrechtsverletzung ist, versteht sich von selbst. Solche Urheberrechtsverletzungen im Internet können auch häufig technisch bis zum Anschlussinhaber zurückverfolgt werden. Wer genau letztlich den Computer bedient hat und für das illegale Herunterladen verantwortlich ist, lässt sich so natürlich nicht ermitteln.

Für die Rechtsprechung spielt das aber keine Rolle. Danach genügt es für die Haftung des Anschlussinhabers, dass dieser willentlich einen Internetzugang schafft, der objektiv für Dritte nutzbar ist. Nur wer nachweisen kann, dass weder er noch seine Hausangehörigen für die Urheberrechtsverletzung verantwortlich sein können und sein Internetzugang ausreichend gegen Zugriffe von Dritten abgesichert ist, entgeht der Haftung. Derzeit werden bundesweit tausende von Abmahnungen wegen illegaler Downloads versandt. Diese führen beim Abgemahnten praktisch immer zu Kosten. Denn selbst derjenige, der die geltend gemachten Ansprüche erfolgreich abwehren kann, bleibt zumeist zumindest auf den Kosten seiner Rechtsverteidigung sitzen.

Mehr und mehr Abmahnungen werden auch an Unternehmen geschickt. Die Urheberrechtsverletzungen werden hier zumeist von Mitarbeitern begangen, die während der Arbeitszeit oder in Pausen - mit oder ohne Erlaubnis - Dateien bei Filesharing-Systemen herunterladen. Wendet man die derzeitige Rechtsprechung konsequent auf diese Fälle an, muss man wohl von einer grundsätzlichen Haftung des Arbeitgebers auch für Rechtsverletzungen seiner Mitarbeiter

ausgehen. Gerade große Unternehmen mit zahlreichen Computerarbeitsplätzen sind deshalb ständig der Gefahr ausgesetzt, von den Inhabern der Urheberrechte wegen illegaler Downloads ihrer Mitarbeiter zur Verantwortung gezogen zu werden.

Es zeichnet sich in der Rechtsprechung eine Tendenz dahingehend ab, dass das Unternehmen dieser Haftung entgehen kann, wenn es bestimmte Vorkehrungen trifft, um Urheberrechtsverletzungen über seinen Internetanschluss möglichst zu vermeiden: Das Herunterladen urheberrechtlich geschützter Daten und insbesondere die Teilnahme an Internetbörsen sollte per Dienstanweisung untersagt werden. Dort, wo kein uneingeschränkter Zugriff auf das Internet notwendig ist, kann das illegale Herunterladen von Daten auch durch technische Systeme verhindert werden. Wichtig ist vor allem auch, dass der Arbeitgeber klare Regeln für die Nutzung von Computern an Heimarbeitsplätzen aufstellt. Hier sollte insbesondere darauf geachtet werden, dass außer dem Arbeitnehmer selbst keine sonstigen Dritten auf derartige Systeme Zugriff haben.

Wie in jedem Privathaushalt gilt natürlich auch für den Inhaber eines betrieblichen Internetanschlusses, dass dieser durch illegalen Zugriff von außen hinreichend geschützt werden muss. Dies gilt insbesondere für WLAN-Systeme, die mit einer dem aktuellen Standard entsprechenden Verschlüsselung gesichert werden müssen.

Unternehmen sollten sich vor dem Hintergrund der ausufernden Abmahnpraxis der Rechteinhaber also sowohl organisatorisch als auch technisch vor einer Inanspruchnahme wegen illegaler Downloads schützen.

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

AdWord-Werbung bei Google bleibt problematisch und riskant

In den letzten Jahren mussten sich die deutschen Gerichte regelmäßig mit der Frage befassen, welche Beschränkungen für Werbung im Internet bei Google zu beachten sind. Google bietet an, direkt neben der Trefferliste kostenpflichtige Anzeigen zu schalten. Diese Werbemöglichkeit wird bei Google AdWord-Werbung genannt. Der Werbekunde kann selbst bestimmen, bei welchen Suchbegriffen seine Werbung eingeblendet werden soll. Hierzu gibt der Kunde seine gewünschten Suchbegriffe an, die als Keywords oder AdWords bezeichnet werden. Zu Streitigkeiten über die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen kam es in der Vergangenheit vor allem dann, wenn der Kunde Werbung zu Suchbegriffen einblenden lassen wollte, die einen kennzeichenrechtlichen Schutz genießen – also beispielsweise bei eingetragenen Marken oder Unternehmensbezeichnungen von Wettbewerbern.

Die Braunschweiger Gerichte haben in solchen Fällen früher fast immer im Sinne der Kennzeicheninhaber entschieden und derartige Werbemaßnahmen verboten. Eine Vielzahl von Klagen wurde gezielt in Braunschweig eingereicht, weil

die dortigen Gerichte schnell für Entscheidungen zugunsten der Kennzeicheninhaber bekannt waren. Da die Werbeeinblendungen deutschlandweit angezeigt werden, hat der Kläger die freie Wahl, an welches Gericht er sich wendet.

Im Jahre 2009 hat der Bundesgerichtshof (BGH) sich erstmals mit der AdWord-Werbung befasst. Er erlaubte die Werbung mit beschreibenden Begriffen, selbst wenn dadurch auch Werbung zu geschützten Begriffen eingeblendet wird. Im konkreten Fall hatte ein Werbekunde Werbung zu der (nicht geschützten) Abkürzung „pcb“ geschaltet, die auch bei einer Suche nach der (geschützten) Bezeichnung „pcb-pool“ angezeigt wurde. Außerdem erlaubte der BGH die Verwendung von Unternehmensbezeichnungen als AdWords, wenn durch die Werbung keine Verwechslungsgefahr entsteht. Einen Fall, bei dem es um die Nutzung einer geschützten Marke als AdWord ging, hat der BGH dagegen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Entscheidung vorgelegt. Dieser hat schließlich im März letzten Jahres – ähnlich wie der BGH – entschieden, dass AdWord-Werbung zu geschützten Marken generell zulässig sei, wenn klar sei, von wem die jeweils beworbenen Produkte stammen. Ansonsten trete eine „Zuordnungsverwirrung“ ein und die Werbung würde hierdurch unzulässig.

Die Entscheidung des EuGH wurde so verstanden, dass es für die Zulässigkeit der Werbung maßgeblich auf die Gestaltung der Werbeanzeige selbst ankomme. Solange die Gestaltung nicht irreführend ist und insbesondere die geschützte Marke nicht enthält, müsste die Werbung eigentlich zulässig sein. Mit einer ähnlichen Argumentation hat das LG Berlin beispielsweise entsprechende Unterlassungsklagen zurückgewiesen. Das OLG Braunschweig hat jedoch Ende letzten Jahres einer Unterlassungsklage mit dem Argument stattgegeben, aus der Werbeanzeige lasse sich nicht eindeutig erkennen, dass die Werbung gerade nicht vom Markeninhaber stamme. Dies soll angeblich schon ausreichen für eine rechtswidrige Nutzung einer fremden Marke.

Anfang Februar dieses Jahres hat der BGH dagegen in dem Verfahren, das ursprünglich dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt wurde, abschließend entschieden – und zwar zugunsten des Werbekunden und gegen den Markeninhaber. Eine Begründung der Entscheidung liegt jedoch noch nicht vor. Unabhängig hiervon bleibt die Nutzung geschützter Kennzeichen für AdWord-Werbung wegen der unterschiedlichen Entscheidungen der Gerichte weiterhin riskant. Es sollte daher aus Sicht von Werbekunden gut überlegt werden, ob dieses Risiko eingegangen werden soll. Umgekehrt können Inhaber geschützter Kennzeichen weiterhin nicht darauf vertrauen, gegen jede Form der Verwendung des Kennzeichens erfolgreich vorgehen zu können. Die erhoffte Klarheit haben Entscheidungen des BGH und EuGH bisher nicht gebracht.

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

Einsatz von Leiharbeitnehmern erschwert!

Wenn der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer einsetzen will, braucht er dafür die Zustimmung des Betriebsrats. Der Betriebsrat kann die Zustimmung u.a. dann verweigern, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers (betriebsverfassungsrechtlich: die Einstellung) gegen ein Gesetz verstößt. Insofern unterscheidet sich die Einstellung von Arbeitnehmern und von Leiharbeitnehmern nicht.

Gegen ein Gesetz verstößt z.B. die Einstellung eines Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber vorher nicht in einem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren (§ 81 Abs. 1 Sozialgesetzbuch, 9. Buch) geprüft hat, ob der Arbeitsplatz mit einem (arbeitslosen) schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Der Betriebsrat kann dann die Zustimmung zur Einstellung verweigern.

Gilt das auch bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern?

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat diese Frage mit „ja“ beantwortet (Beschluss vom 23.06.2010 – 7 ABR 3/09 -). Die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen könne nur gefördert werden, wenn der Arbeitgeber in dem gesetzlich vorgeschriebenen Prüfverfahren erst nach (arbeitslosen) schwerbehinderten Bewerbern suche. Schwerbehinderte hätten sowieso Schwierigkeiten einen Arbeitsplatz zu finden. Wenn der Arbeitgeber einen nicht schwerbehinderten Menschen einstelle, ohne nach einem schwerbehinderten Kandidaten zu suchen, verschärfen sich diese Probleme. Es mache insofern keinerlei Unterschied, ob ein Arbeitnehmer oder ein Leiharbeitnehmer eingestellt werde.

Wie begründet das BAG seine Entscheidung?

Es sei „nicht von vornherein ausgeschlossen“, dass der Arbeitgeber von der zunächst beabsichtigten Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer Abstand nehme, wenn ihm ein geeigneter schwerbehinderter Bewerber bekannt werde. Es komme auch nicht darauf an, dass der Leiharbeitnehmer im Regelfall vom Verleiher und nicht vom Arbeitgeber ausgewählt werde.

Worauf müssen Arbeitgeber sich einstellen?

Betriebsräte werden vermehrt die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern verweigern. Sie werden sich darauf berufen, dass der Arbeitgeber vorher nicht geprüft habe, ob ein schwerbehinderter Kandidat in Betracht gekommen wäre. Arbeitgeber werden mehr denn je vorher nach schwerbehinderten Kandidaten Ausschau halten und das gesetzliche Prüfverfahren einhalten müssen. Der tatsächliche Einsatz des Leiharbeitnehmers verzögert sich dadurch deutlich.

Was kann der Arbeitgeber tun, wenn er den Leiharbeiter dringend sofort benötigt?

In diesem Fall muss der Arbeitgeber beim Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung beantragen und gleichzeitig die sog. „vorläufige Einstellung“ des Leiharbeitnehmers durchführen. Das setzt u.a. voraus, dass der Arbeitgeber binnen drei Tagen (!) beim Arbeitsgericht einen Antrag stellt, dass die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt wird und dass die Einstellung dringend erforderlich war. Tut er das nicht, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht dagegen vorgehen.

Über die im Einzelnen zu beachtenden Schritte des Prüfverfahrens und der vorläufigen Einstellung informieren wir Sie gern.

Wie ist der Beschluss des BAG zu bewerten?

Die in der Instanzrechtsprechung vertretene Ansicht, bei kurzzeitigen Leiharbeitseinsätzen habe der Arbeitgeber keine Prüfpflicht, musste das BAG nicht berücksichtigen, da im entschiedenen Fall ein dauerhafter Leiharbeitnehmer eingestellt werden sollte.

Der Beschluss schafft Klarheit, schränkt aber den Arbeitgeber weiter in seiner unternehmerischen Freiheit ein. Das BAG geht darauf leider mit keinem Wort ein.

Dr. Andrea Pirscher, Büro Bielefeld | andrea.pirscher@brandi.net

Arbeitsrecht: Eine weitere Säule des Urlaubsrechtes gerät ins Wanken!

Im August 2006 war es schon einmal das Landesarbeitsgericht Düsseldorf, das mit einem Vorlagebeschluss an den Europäischen Gerichtshof eine Revolution des Urlaubsrechtes eingeleitet hat. Nach Bekanntwerden der EuGH-Entscheidung drei Jahre später wissen nunmehr alle Beteiligten, auch wenn der Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses dauerhaft arbeitsunfähig bleibt.

Nunmehr ist es wiederum das Landesarbeitsgericht Düsseldorf, das gestützt auf einen europarechtlichen Hintergrund mit einer weiteren jahrzehntelangen Praxis des deutschen Urlaubsrechtes „aufräumt“:

In einem Urteil vom 18.01.2011 hat das LAG Düsseldorf nach Lebensalter gestaffelte Urlaubsansprüche als unzulässige Altersdiskriminierung bewertet und solche Klauseln für unwirksam erklärt. In dem Verfahren ging es um die tarifvertragliche Regelung zur Urlaubsdauer im Einzelhandel des Landes NRW. Dort war seit Alters her die Dauer desurlaubes abhängig vom Lebensalter des entsprechenden Arbeitnehmers. Ähnliche Regelungen finden sich in zahlreichen anderen Tarifverträgen sowie in vielen individuellen Arbeitsverträgen.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf steht auf dem Standpunkt, dass die Arbeitnehmer durch eine Staffelung der Urlaubsansprüche nach dem Lebensalter wegen ihres Alters diskriminiert werden. Eine Rechtfertigung dieser Altersdiskri-

minierung, wie sie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) grundsätzlich zuließe, gebe es nicht. Insbesondere gebe der Tarifvertrag keinen Anhaltspunkt dafür, welche legitimen Ziele mit der Ungleichbehandlung verfolgt werden sollten.

Rechtsfolge der vom Landesarbeitsgericht Düsseldorf erkannten Ungleichbehandlung ist eine Anpassung des Urlaubsanspruches der jüngeren Arbeitnehmer „nach oben“. Diese Angleichung „nach oben“ sei geboten, so das LAG Düsseldorf, um die rechtlichen Vorgaben der Europäischen Union auch in Deutschland möglichst effektiv durchzusetzen.

Das LAG Düsseldorf hat die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen, sodass das höchste deutsche Arbeitsgericht in der nächsten Zeit Gelegenheit haben wird, die streitige Rechtsfrage endgültig zu klären.

Man darf gespannt sein, wann das LAG Düsseldorf – oder ein anderes Gericht – sich die nächste Bastion des Urlaubsrechtes vornimmt; ganz sicher wird die Staffelung von Urlaubsansprüchen nach Betriebszugehörigkeit als mögliche mittelbare Diskriminierung nach dem Alter in allernächster Zeit unter Beschuss geraten.

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

Zeitarbeit: Eine Branche unter Druck!

Wenig erfreuliche Nachrichten erhielten die Unternehmen der Zeitarbeitsbranche Mitte Dezember aus Erfurt: In dritter und letzter Instanz hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (kurz: CGZP) nicht tariffähig ist. Die CGZP ist seit ihrer Gründung im Herbst des Jahres 2002 Tarifpartner von geschätzten 30% der deutschen Zeitarbeits- bzw. Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen. Bei der CGZP handelt es sich nicht um eine Einzelgewerkschaft, sondern um einen Zusammenschluss von ursprünglich sechs Einzelgewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes. Diese haben der CGZP einzelne Satzungs Kompetenzen übertragen. Es sind demnach auch letztlich komplizierte verbands- und satzungsrechtliche Probleme, die das Bundesarbeitsgericht veranlasst haben, der CGZP die Berechtigung zum Abschluss von Branchentarifverträgen abzuspochen.

Mit dem Verlust der Tariffähigkeit durch die CGZP stehen nunmehr ca. 1/3 der deutschen Zeitarbeitsunternehmen ohne gültige Tarifverträge da.

Die Brisanz der Situation liegt in Folgendem: Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) gebietet den Zeitarbeitsunternehmen, die in die Betriebe entsandten Leiharbeiter für die Zeit ihrer Entsendung zu denselben Arbeitsbedingungen zu beschäftigen, wie sie für vergleichbare Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb vorherrschen. Dieses sogenannte „Equal-Pay-Gebot“ gilt nur dann nicht, wenn im Leiharbeitsverhältnis die Bestimmungen eines Tarifvertrages gelten. Mit

der Bindung an einen gültigen Tarifvertrag kann das Zeitarbeitsunternehmen die Beschäftigten also zu günstigeren Bedingungen als im Betrieb des Entleihers vergüten. Denn die von der CGZP mit den Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitsbranche abgeschlossenen Tarifverträge sehen durchweg geringere Vergütungen vor.

Mit dem Verlust der Tariffähigkeit durch die CGZP sind den von den Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitsbranche mit dieser Gewerkschaftsvereinigung abgeschlossenen Tarifverträge nunmehr die Grundlagen entzogen. Die CGZP-Tarifverträge erweisen sich rückwirkend als unwirksam. Die Rechtsfolgen sind einschneidend:

- Die betroffenen Arbeitnehmer haben einen Anspruch gegen das jeweilige Zeitarbeitsunternehmen auf Nachzahlung des Differenzlohnes. Sofern nicht arbeitsvertragliche Verfallfristen eingreifen, können die Arbeitnehmer die Ansprüche rückwirkend für drei Jahre geltend machen. Frühere Zeiträume sind heute bereits verjährt.
- Die betroffenen Unternehmen der Zeitarbeitsbranche schulden darüber hinaus für diese Differenzvergütung die Sozialversicherungsbeiträge. Die Sozialversicherungsbeiträge sind selbst dann geschuldet, wenn die Arbeitnehmer im Einzelfall aus Desinteresse, aus Nachlässigkeit oder mit Rücksicht auf existierende Verfallfristen die Vergütungsansprüche selber gar nicht realisieren. Hier gilt das sogenannte „Entstehungsprinzip“, das Beitragsschulden für die Sozialversicherung auch dann vorsieht, wenn tatsächlich gar kein Lohn an die Arbeitnehmer fließt. Die Einzugsstellen für die Sozialversicherungsbeiträge, also die Krankenkassenversicherungen, sind sich dieser Tatsache durchaus bewusst. Dem Vernehmen nach sind bereits Ende 2010 zur Unterbrechung etwaiger Verjährungsfristen Betriebsprüfungen bei einzelnen Zeitarbeitsunternehmen anberaumt worden. Die Haftung für Sozialversicherungsbeiträge verjährt in vier Jahren.
- Die vorstehend beschriebenen Rechtsfolgen führen zu erheblichen finanziellen Belastungen der betroffenen Zeitarbeitsunternehmen. In der Branche ist man sich einig, dass Insolvenzen keinesfalls in allen Fällen vermieden werden können. Sollte insolvenzbedingt das Zeitarbeitsunternehmen als Schuldner der Sozialversicherungsbeiträge ausfallen, hat es die Krankenkassenversicherung in der Hand, für den einzelnen Arbeitnehmer den Entleiherbetrieb nachrangig als Haftungsschuldner für die Sozialversicherungsbeiträge in Anspruch zu nehmen. Hier dürften die Einzugsstellen allerdings vor erheblichen Durchsetzungsproblemen stehen, fehlen ihnen doch jedenfalls heute noch die erforderlichen Informationen über die Einzelheiten des jeweiligen Einsatzes und die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Entleiherbetrieb. Die Aufarbeitung der für die Einziehung erforderlichen Informationen dürfte eine wahre Sisyphusarbeit sein. Für rückständige Löhne und Gehälter haftet der Entleiherbetrieb nicht.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 14.12.2010 hat die Branche in Aufruhr versetzt. Die Hoffnungen ruhen jetzt u.a. auf einer Verfassungsbeschwerde, die die CGZP nach Brancheninformationen beim Bundesver-

fassungsgericht eingelegt hat bzw. noch einzulegen gedenkt. Aber auch sonst ist das letzte Wort in rechtlicher Hinsicht noch nicht gesprochen. Unabhängig von etwaigen praktischen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Ansprüche (siehe oben) werden sich die Einzugsstellen sowie die Arbeitnehmer mit einigen rechtlichen Gegenargumenten auseinandersetzen müssen, die wir nur wie folgt skizzieren wollen:

- Die vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz angeordnete Gleichbehandlung betrifft keinesfalls nur die Höhe der Vergütung (Equal Pay), sondern – nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes – auch sonstige Arbeitsbedingungen (Equal Treatment). Und so gibt es gewichtige Stimmen, die der Auffassung sind, dass auch zu Lasten der Leiharbeitnehmer etwaige im Entleiherbetrieb geltende Verfallfristen zu berücksichtigen sind. Namentlich das Landesarbeitsgericht München hat dies in einer Entscheidung aus dem Jahre 2009 so festgestellt. Selbstverständlich ist diese Entscheidung nicht rechtskräftig geworden. Das Revisionsverfahren ist beim Bundesarbeitsgericht anhängig; der Verhandlungstermin vor dem 5. Senat des BAG steht am 23. März 2011 an.
- Selbst wenn rechtskräftig feststeht, dass die CGZP als Vereinigung mehrerer Gewerkschaften für sich selber nicht tariffähig ist, so bleibt die Frage, ob die CGZP bei Abschluss der jeweiligen Tarifverträge nicht zugleich auch im Namen der ihr angeschlossenen Mitgliedsgewerkschaften gehandelt hat. Solche sogenannten „Tarifgemeinschaften“ sind in anderen Branchen ebenfalls üblich und rechtlich ohne Weiteres zulässig. Nimmt man die Wirksamkeit einer solchen Konstruktion an und unterstellt man, dass die CGZP bei Abschluss der jeweiligen Tarifverträge zugleich auch in Vollmacht der ihr angeschlossenen Einzelgewerkschaften gehandelt hat, so erhielten die jetzt in Zweifel geratenen Tarifverträge einen völlig neuen Wirksamkeitsgrund.

Den jetzt unter Druck geratenen Unternehmen der Zeitarbeitsbranche kann vor diesem Hintergrund also nur geraten werden, nicht leichtfertig etwaige Ansprüche auf Nachzahlung von Vergütung oder auf Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen anzuerkennen. Vielmehr sollte Sorge dafür getragen werden, dass solche Verfahren offen bleiben und etwaige Abgabenbescheide der Sozialversicherungsträger nicht – jedenfalls nicht ohne rechtliche Prüfung – in Rechtskraft erwachsen.

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

Betriebsübergang: Neues aus Luxemburg!

Eine Zentralnorm des deutschen Arbeitsrechtes, § 613 a BGB, beschreibt die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs. Die Vorschrift beruht auf einer europäischen Richtlinie, sodass die Auslegung des § 613 a BGB maßgeblich durch die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) ergangene Rechtsprechung geprägt ist. Mit einem Urteil vom 21.10.2010 hat der EuGH nunmehr dem ohnehin schon äußerst komplexen Bild des Betriebsübergangs ein

weiteres - allerdings folgenschweres – Mosaiksteinchen hinzugefügt.

In der Entscheidung, die auf einem niederländischen Vorabentscheidungsersuchen beruht, ging es um die Frage, ob Arbeitnehmer, die von einer Konzernpersonalüberlassungsgesellschaft an ein Tochterunternehmen der Gruppe verliehen waren, dann von einem Betriebsübergang erfasst werden, wenn dieses Konzerntochterunternehmen seinen Betrieb an eine Gesellschaft veräußert, die außerhalb der Gruppe steht.

Von einem Betriebsübergang werden nach § 613 a BGB nur Arbeitsverhältnisse erfasst. Zwischen dem entleihenden Unternehmen (der konzernangehörigen Tochtergesellschaft) und dem Leiharbeitnehmer besteht gerade kein Arbeitsverhältnis. Dieses besteht allein zwischen dem verleihenden Unternehmen (der Konzernpersonalgesellschaft) und dem Leiharbeitnehmer.

Diese systematische Abgrenzung hat der Europäische Gerichtshof mit seiner Entscheidung vom 21.10.2010 durchbrochen. Nach Auffassung des EuGH werden auch die innerhalb des Konzerns verliehenen Arbeitnehmer vom Betriebsübergang erfasst, wenn Verleiher und Entleiher Unternehmen desselben Konzernverbundes sind und – so der EuGH wörtlich – die Personalüberlassung „auf einer ständigen Basis erfolgt“. Die Argumentation des EuGH erscheint unsystematisch und schwer greifbar, was jedoch nichts daran ändert, dass die nationalen deutschen Gerichte im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung der deutschen Regelungen an die Vorgaben des EuGH ab sofort gebunden sind. Erschwerend kommt hinzu, dass sowohl der EuGH als auch die nationalen Gerichte nur in den allerseltensten Fällen einen Schutz vor der Rückwirkung derartiger Entscheidungen zubilligen, sodass die jetzt vom EuGH etablierten Auslegungsregeln auch auf Altfälle Anwendung finden dürften.

Zwar ging es in der konkreten Entscheidung ausdrücklich um eine ständige konzerninterne Personalüberlassung. Damit ist allerdings noch lange nicht gesagt, dass die Rechtsprechung diese neuen Auslegungsregeln nicht auch auf

- sporadische konzerninterne Personalüberlassung oder gar auf
- Arbeitnehmerüberlassung auch außerhalb des Konzernverbundes

anwenden wird. Derzeit ist also völlig offen, ob es sich bei der Entscheidung vom 21.10.2010 um eine lediglich am konkreten Einzelfall orientierte Ausnahmeentscheidung oder möglicherweise sogar um den Beginn einer neuen Entwicklung in der Rechtsprechung zum Betriebsübergang handelt.

Sicher ist jedenfalls bereits heute, dass sich die Erwerber von konzernangehörigen Unternehmen und Betrieben künftig auch besonders mit der Frage beschäftigen müssen, ob sich außerhalb der eigenen Lohnlisten des konzernabhängigen Unternehmens auch Leiharbeitnehmer im Betrieb aufhalten.

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

Arbeitsrecht: Erstattung von Detektivkosten

Nicht jeder Arbeitnehmer verhält sich gegenüber seinem Arbeitgeber stets loyal. Illoyales Verhalten einzelner Arbeitnehmer ist in vielen Betrieben ein immer wieder auftretendes Problem. Übertretungen reichen von einfachen Vertragsverletzungen bis hin zu schweren Straftaten. Der Schaden, der Unternehmen durch illoyale Mitarbeiter zugefügt wird, wird jährlich auf Milliardenhöhe geschätzt.

Oftmals haben Arbeitgeber das Problem, den Nachweis von Vertragsverletzungen ihrer Mitarbeiter führen zu können. Ist der Einsatz eines Detektivs zur Aufklärung eines Tatverdachts notwendig, können dafür erhebliche Kosten anfallen. Diese muss der Arbeitnehmer im Einzelfall erstatten. In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ist es seit langem anerkannt, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Detektivkosten ersetzen muss, wenn der Arbeitgeber anlässlich eines konkreten Tatverdachts gegen den Arbeitnehmer einem Detektiv die Überwachung des Arbeitnehmers überträgt und dieser einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird. Insofern handelt es sich um keine Vorsorgekosten, die unabhängig von konkreten schadensstiftenden Ereignissen als ständige Betriebsausgabe vom Arbeitgeber zu tragen sind.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer jüngst ergangenen Entscheidung noch einmal klargestellt, dass nur solche Aufwendungen erstattungsfähig sind, die nach den Umständen des Einzelfalles als notwendig anzusehen sind. In dem konkreten Fall hatte ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer durch eine Detektei wegen des Verdachts einer Konkurrenztaetigkeit überwachen lassen. Die Überwachung erstreckte sich auf zwei Zeiträume von jeweils einigen Tagen, für die Kosten in Höhe von ca. 40.000,00 € angefallen waren. Obwohl der Arbeitnehmer durch die Detektei einer verbotenen Konkurrenztaetigkeit überführt worden war, wies das Gericht die Klage des Arbeitgebers auf Erstattung der Detektivkosten zurück. Vor der Beauftragung für den ersten Überwachungszeitraum habe noch kein konkreter Tatverdacht bestanden. Für die Beauftragung des zweiten Überwachungszeitraumes habe kein vernünftiger Anlass mehr bestanden, weil die Konkurrenztaetigkeit des Arbeitnehmers bereits durch die erste Überwachung nachgewiesen worden sei. Kurz gesagt wusste der Arbeitgeber vor der ersten Überwachung zu wenig und vor der zweiten zu viel.

Ein Arbeitgeber wird daher sehr genau prüfen müssen, ob seine Aufwendungen für den Einsatz eines Detektivs zur Überführung eines illoyalen Mitarbeiters notwendig waren, wenn er dem Arbeitnehmer die dadurch entstandenen Kosten in Rechnung stellen möchte.

Dr. Robert Lepsien, Büro Minden | robert.lepsien@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

Peking (Beijing) 100010
RM.601, PICC Building
17th ChaoYang Men North Street
DongCheng District, China (VR)
Tel.: (0086) 10 5815 1199
Fax: (0086) 10 5815 1198
E-Mail: peking@brandi.net

www.brandi.net

Wir über uns

Neues Büro Hannover

Zum 01.06.2011 baut BRANDI Rechtsanwälte die fachliche und personelle Kompetenz weiter aus und wächst auch regional. Wir machen einen großen Schritt: Nach Hannover. 6 Anwälte des bisherigen Hannoveraner Büros der SCHINDHELM Rechtsanwalts-gesellschaft mbH wechseln zu BRANDI Rechtsanwälte und sind in unserem neuen Büro in der niedersächsischen Landeshauptstadt tätig. Wir begrüßen ganz herzlich die neuen Partner, die wir auf der Innenseite dieses Mandantenrundbriefs persönlich vorgestellt haben sowie Herrn Rechtsanwalt/Steuerberater Rüdiger Hitz und Herrn Rechtsanwalt Dr. Mario Bergmann.

Mit diesem Schritt verstärken wir unsere personelle Schlagkraft im Wirtschaftsrecht, wo bisher schon einer unserer Schwerpunkte liegt (Gesellschaftsrecht, Kapitalanlage-recht, gewerblicher Rechtsschutz, Arbeitsrecht) und komplettieren unser Beratungs-angebot im Bereich des Steuer- und Wirtschaftsstrafrechts. Im neuen Büro in Hanover können wir auch die qualifizierte Beratung anbieten, die in den letzten Jahren in den ostwestfälischen Standorten ausgebaut wurde, insbesondere im öffentlichen Recht, Vergaberecht, internationalen Privatrecht.

BRANDI Rechtsanwälte besteht damit ab 01.06.2011 aus 63 Anwälten und 89 son-stigen Mitarbeitern. Wir streben sinnvolles Wachstum parallel zum Wachstum unserer Mandanten an, eine weitere Verstärkung unserer personellen Ressourcen für die anwaltliche Beratung und Vertretung, den Ausbau der fachlichen Kompetenz in Bereichen, in denen Beratungsbedarf unserer Mandanten besteht. Dieses Wachstum ändert nichts an unserer Unternehmensphilosophie:

Wir sind eine mittelständische Anwaltssozietät und bieten unseren Mandanten Anwälte des Vertrauens, die deren feste Ansprechpartner sind, personelle Kontinuität, kurze Wege, klare Sprache, eine schnelle und qualifizierte Beratung und – nicht zuletzt – unternehmerisches Verständnis.

Veröffentlichungen | Vorträge

Herr Prof. Dr. Burghard Piltz hat in der Zeitschrift für Internationales Handelsrecht (IHR) 1/2011, S. 1, einen Aufsatz „Incoterms 2010“ veröffentlicht, in dem er die zum 1. Januar 2011 in Kraft getretenen neuen Incoterms 2010 vorstellt und erläutert.

Herr Dr. Sebastian Meyer hat für die Zeitschrift „Kommunikation & Recht“ die Entsch-eidung des BGH zur Preiswerbung ohne Umsatzsteuer bei B2B-Geschäften im Internet kommentiert. Der entsprechende Aufsatz ist im Januar-Heft der Zeitschrift veröffentli-cht worden. Außerdem hat Herr Dr. Meyer im Rahmen eines internationalen Rechtsin-formatik-Symposiums im Februar in Salzburg über den rechtlichen Erklärungsgehalt beim Upload von Daten referiert. Es geht dabei um die Frage, in welchem Umfang im Internet verfügbare Daten von Dritten genutzt werden dürfen. Ein entsprechender Buchbeitrag ist hierzu in einem österreichischen Sammelband erschienen. Auf der Computermesse Cebit in Hannover hat Herr Dr. Meyer Vorträge über die rechtlichen Probleme bei der Nutzung von Social Networks wie Facebook gehalten.