

NEWSletter

FEBRUAR 2009

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Themen dieser Ausgabe:

- ▶ Neue Spielregeln: Urlaubsanspruch auch nach langer Krankheit [Seite 4](#)
- ▶ Internationales Gesellschaftsrecht: Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „Cartesio“ und die BGH-Entscheidung „Trabrennbahn“ [Seite 6](#)
- ▶ Erste BGH-Rechtsprechung zu Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG [Seite 9](#)
- ▶ Erlaubnispflicht für Factoring- und Finanzierungsleasing-Geschäfte [Seite 12](#)
- ▶ Bundestag verabschiedet Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz [Seite 13](#)
- ▶ Vorsteuerabzug bei gemischter Verwendung eines Gebäudes [Seite 15](#)
- ▶ UWG Gesetzesänderung: Mehr Rechtssicherheit für Verbraucher und strengere Anforderungen an Unternehmen [Seite 17](#)
- ▶ Neues EuGH Urteil zu Voraussetzungen der rechts-erhaltenden Markennutzung von Werbeartikeln [Seite 19](#)
- ▶ Verwaltungsgericht Berlin befreit Provider von der Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung [Seite 22](#)
- ▶ Neues EuGH Urteil zu Website-Impressum [Seite 24](#)
- ▶ Weitergabe von Patientendaten durch Krankenhäuser ohne ausdrückliche Regelung unzulässig [Seite 26](#)
- ▶ Neue Anforderungen an Generalunternehmer durch das neue BauFordSiG [Seite 28](#)
- ▶ Kommission veröffentlicht Mitteilung zum Behinderungsmissbrauch [Seite 31](#)

Liebe Leserinnen und Leser,

das Jahr 2009 hat zwar mit zahlreichen düsteren Prognosen über die Weltwirtschaftskrise begonnen. Die Prognosen sind aber nicht nur düster: Das Bruttoinlandsprodukt (BIP) könnte laut Jahreswirtschaftsbericht der Bundesregierung zwischen April und Juni 2009 gegenüber dem Vorquartal erstmals seit einem Jahr wieder steigen. Auch für das dritte und vierte Quartal erwartet die Regierung ein leichtes Plus. Unabhängig von der Weltwirtschaft können wir Ihnen in unserem aktuellen Newsletter von einigen mit Spannung erwarteten Entscheidungen und Entwicklungen berichten, insbesondere auf europäischer Ebene.

Eine neues Urteil des EuGH vom 16.12. 2008 (Cartesio) zum Thema der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften bringt nicht die erwartete Rechtsprechungsänderung zum Wegzug von Gesellschaften. Der EuGH hält vielmehr daran fest, dass nationale Regelungen, wonach eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nicht ins Ausland verlegen darf,

ohne dass dies zur Auflösung und Liquidation führt, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstossen. Lesen Sie mehr auf Seite 6 des Newsletters.

Der EuGH hat am 15. Januar 2009 zu den Voraussetzungen der rechtserhaltenden Markennutzung von Werbeartikeln entschieden. Eine Marke kann auf Antrag Dritter oder von Amts wegen gelöscht werden, wenn sie nicht innerhalb von fünf Jahren seit der Registrierung „ernsthaft benutzt“ wird. Die Entscheidung gefährdet insgesamt den Markenschutz für Werbeartikel und die Ausarbeitung effizienter Marketingstrategien, gleichzeitig trägt die Entscheidung dazu bei, dass die Markenregister nicht unnötig blockiert werden. Lesen Sie den Beitrag auf Seite 19.

Die Europäische Kommission veröffentlichte im Dezember ihre langerwartete Mitteilung über die Beurteilung des Vorliegens von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen. Dabei sagt die Kommission

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ **Editorial**
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abbestellen

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ **Editorial**
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

eindeutig zu, auf die wirtschaftlichen Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens besonders Rücksicht zu nehmen (Seite 31).

Der Bundesgerichtshof hat erstmalig nach Inkrafttreten des MoMiG zur Gewährung von Darlehen an Aktionäre im faktischen Konzern entschieden und erläutert, dass allein die Auszahlung eines unbesicherten Darlehens nicht per se einen ausgleichspflichtigen Nachteil für das abhängige Unternehmen darstellt. Der BGH hat zudem klargestellt, dass die mit dem MoMiG erfolgte Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise auch für die Beurteilung von Altfällen zugrunde zu legen ist. Siehe unser Beitrag hierzu auf Seite 9.

Weitere Themen unseres Newsletters sind das am 22. Januar 2009 verabschiedete Gesetz zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterkapitalbeteiligung (Seite 13) und eine

Entscheidung des Bundessozialgerichts zur Unzulässigkeit der Weitergabe von Patientendaten durch Krankenhäuser (Seite 26).

Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende und spannende Lektüre unserer aktuellen Ausgabe des Hammonds Newsletters.

Ihr Kai Mertens



Neue Spielregeln: Urlaubsanspruch auch nach langer Krankheit

Arbeitnehmer haben auch nach einer langen Krankheit Anspruch auf ihren ungenutzten Urlaub. Nach einer aktuellen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 20.01.2009 (Az: C-350/06 und C-520/06) verfällt der Anspruch nicht, wenn der Arbeitnehmer seinen Urlaub wegen Krankheit nicht nehmen konnte.

Mit seiner Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof die Rechte der Arbeitnehmer gestärkt und bestehende Grundsätze „umgekrempelt“. Arbeitnehmer verlieren danach ihren Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub – entgegen der bisherigen deutschen Rechtspraxis – nicht, wenn sie den Urlaub wegen Krankheit nicht nehmen konnten. Dieses gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer während des ganzen Jahres oder eines Teils davon erkrankt war und die Arbeitsunfähigkeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortbesteht. In diesem Fall ist der nicht genommene Urlaub abzugelten.

Entsprechend den Regelungen des derzeit gültigen Bundesurlaubsgesetzes muss der Urlaub grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Lediglich bei dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen kann der Urlaub ins Folgejahr übertragen werden und muss in diesem Fall – sofern nicht tarifvertraglich oder arbeitsvertraglich etwas Abweichendes geregelt ist – in den ersten drei Monaten des Folgejahres genommen werden. Andernfalls verfällt er. Kann der Urlaub wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, ist er abzugelten.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entfällt der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers – und ist damit auch nicht abzugelten – wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraumes krank war und aus diesem Grund keinen Urlaub nehmen konnte.

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ **Arbeitsrecht**
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abbestellen

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ **Arbeitsrecht**
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Dieses verstößt nach Ansicht des EuGH gegen EU-Recht:

Das Gericht hat entschieden, dass es einen Verstoß gegen den in der Arbeitszeitrichtlinie verankerten Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub darstellt, wenn der Urlaubsanspruch erlischt, weil der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und er seinen Urlaub nicht nehmen konnte. Dieses gilt nach der Entscheidung des EuGH auch für den Fall, dass die Arbeitsunfähigkeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses andauert. Der Arbeitnehmer hat dann – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – einen Anspruch auf Abgeltung seines Urlaubs.

Für die Berechnung der Urlaubsabgeltung ist der Arbeitnehmer nach der Entscheidung des EuGH so zu stellen, als wenn er seinen Urlaubsanspruch während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses tatsächlich ausgeübt hätte. Maßgeblich ist das gewöhnliche Arbeitsentgelt, welches der Arbeitnehmer während seines Urlaubes erhalten hätte.

Arbeitgeber sollten diese „neuen Spielregeln“ beachten: Auf der Grundlage der dargestellten Entscheidung können kranke Arbeitnehmer ihre Urlaubsansprüche über einen längeren Zeitraum ansammeln, da diese nicht zum Ende des Übertragungszeitraumes erlöschen. Besteht die Krankheit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort, sind die Ansprüche abzugelten. Die Mehrkosten für die Abgeltung der Urlaubstage können erheblich sein und entsprechende Rückstellungen erfordern. Hierauf sollten sich Arbeitgeber einstellen, um keine „bösen Überraschungen“ zu erleben.

Internationales Gesellschaftsrecht: Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „Cartesio“ und die BGH- Entscheidung „Trabrennbahn“

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ **Gesellschaftsrecht**
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Der EuGH hat ein weiteres Urteil zum Thema der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union erlassen (EuGH-Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-210/06 – Cartesio). Der Entscheidung lag ein Vorabentscheidungsersuchen eines ungarischen Gerichts zugrunde. Die ungarische Kommanditgesellschaft CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt wollte ihren Sitz von Ungarn nach Italien verlegen, aber weiterhin als ungarische Kommanditgesellschaft agieren. Das zuständige ungarische Handelsregistergericht verweigerte die Eintragung dieser Sitzänderung, da eine ungarische Gesellschaft ihren Sitz nicht ins Ausland verlegen könne, ohne dadurch ihren ungarischen Gesellschaftsstatut zu verlieren. Nach ungarischem Recht hat eine Gesellschaft ihren Sitz an dem Ort, an dem sich ihre Hauptverwaltung befindet. Ein rein satzungsmäßiger Sitz, der sich vom tatsächlichen operativen Geschäftssitz unterscheidet, wie er nun nach dem MoMiG in Deutschland möglich ist, ist also nach ungarischem Recht nicht vorgesehen. Der Wegzug einer

Gesellschaft ins Ausland unter Beibehaltung ihrer Eigenschaft als ungarische Gesellschaft ist damit nicht möglich.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung zwei wesentliche Aussagen getroffen, dabei aber an der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen „Wegzugsfällen“ und „Zuzugsfällen“ festgehalten.

1. Wegzug innerhalb der EU unter Beibehaltung des Gesellschaftsstatutes des Wegzugstaates

Zunächst hat der EuGH entschieden, dass die genannte Regelung des ungarischen Gesellschaftsrechts nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt:

„Die Art. 43 EG und 48 EG sind beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts dahin auszulegen, dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ **Gesellschaftsrecht**
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu behalten.“ (EuGH-Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-210/06 - Cartesio) Damit hat der EuGH seine in der Rechtsache „Daily Mail“ (EuGH v. 27.09.1988 – Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483) dargelegte Auffassung bestätigt. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist die Tatsache, dass es keine gemeinschaftsrechtliche Definition der Gesellschaften gibt und eine Gesellschaft nur aufgrund der Anerkennung durch eine nationale Rechtsordnung existent wird. Ob überhaupt eine Gesellschaft vorliegt, dies auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, sei deshalb eine nach dem nationalen Recht zu entscheidende Vorfrage. Ein Mitgliedstaat könne somit *„sowohl die Anknüpfung bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach seinem innerstaatlichen Recht gegründet angesehen zu werden und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen zu können, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird.“* (EuGH-Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-210/06 Rn.110 – Cartesio).

Der EuGH ist damit entgegen den Hoffnungen einiger Stimmen im Schrifttum nicht den Schlussanträgen des Generalanwalts Maduro gefolgt, der die Niederlassungsfreiheit

durch die Streitgegenständliche ungarische Regelung verletzt sieht. Die Mitgliedstaaten dürften, so Maduro, ihr Gesellschaftsrecht nicht ohne Berücksichtigung der Folgen für die Niederlassungsfreiheit regeln. Es gäbe, anders als die Entscheidung „Daily Mail“ suggeriere, kein a priori vom Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommenes Rechtsgebiet (siehe insoweit aber die zweite wesentliche Aussage des EuGH unter 2.).

2. Wegzug innerhalb der EU unter Umwandlung in eine Gesellschaftsform des Zuzugstaates

Seine Entscheidung, betont der EuGH, dürfe nicht im Sinne einer Immunität des nationalen Rechts über Gründung und Auflösung von Gesellschaften im Hinblick auf das EG-Recht missverstanden werden. Es müsse zwischen dem vorliegenden entschiedenen Fall einer Sitzverlegung unter Beibehaltung des Gesellschaftsstatutes des Wegzugstaates (hier also unter Beibehaltung des ungarischen Rechts als für Cartesio maßgeblicher Rechtsordnung) und dem Fall einer Sitzverlegung unter Umwandlung in eine Gesellschaftsform des Zuzugstaates unterschieden werden.

Das nationale Recht dürfe eine Gesellschaft „insbesondere“ nicht, indem es die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft verlange, daran hindern, sich in eine Gesellschafts-

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ **Gesellschaftsrecht**
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

form des Zuzugstaates umzuwandeln, soweit dies nach dem Recht des Zuzugstaates möglich ist. Dies würde eine unzulässige bzw. nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen.

3. Mobilität von Gesellschaften aus Drittstaaten – Festhalten an der Sitztheorie

In seiner Entscheidung „Trabrennbahn“ (BGH v. 27.10.2008, II ZR 158/06) hatte der Bundesgerichtshof Gelegenheit, zu der im Schrifttum umstrittenen Frage Stellung zu nehmen, ob die Rechtsprechung zu Gesellschaften aus EU- und EWR-Mitgliedstaaten auf Gesellschaften aus Drittstaaten zu übertragen sei.

Der BGH hielt an der unterschiedlichen Behandlung fest und stellte klar, dass es auch weiterhin für Gesellschaften aus Drittstaaten bei der Anwendung der Sitztheorie bleibt. Es sei nicht Sache des Senats, hier der Willensbildung des Gesetzgebers vorzugreifen. Das heißt, dass sich die Rechts-

fähigkeit und das Gesellschaftsstatut von Gesellschaften aus Drittstaaten nach wie vor nach dem Recht des Sitzstaates (gemeint ist der Verwaltungssitz) beurteilen und nicht – wie für Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten in Zuzugsfällen – nach dem Recht des Gründungsstaates.

Dies gelte auch für Gesellschaften aus der Schweiz. Der BGH hatte über die Rechts- und Parteifähigkeit einer Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Verwaltungssitz in Deutschland zu befinden. Unter Anwendung der Sitztheorie verneinte er die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als Aktiengesellschaft, räumte ihr aber Rechtsfähigkeit als Personengesellschaft nach deutschem Recht (offengelassen, ob als OHG oder GbR) ein, da insoweit keine konstitutive Handelsregistereintragung erforderlich ist.

Auch aus den verschiedenen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU ergebe sich – anders als dies das Berufungsgericht gesehen hatte – keine Gleichstellung von Schweizer Gesellschaften mit Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten.

Erste BGH-Rechtsprechung zu Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ **Gesellschaftsrecht**
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Der Bundesgerichtshof hat erstmalig nach Inkrafttreten des MoMiG zur Gewährung von Darlehen an Aktionäre im faktischen Konzern entschieden (Urteil vom 01.12.2008, II ZR 102/07).

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, ein angemessen verzins-tes Darlehen an den herrschenden Aktionär, dem ein vollwertiger Rückforderungsanspruch gegenüberstehe, stelle auch bei Fehlen einer Sicherheit nicht per se einen ausgleichspflichtigen Nachteil für das abhängige Unternehmen im Sinne des § 311 AktG dar. Es sei mit der Spezialität des § 311 AktG gegenüber den §§ 57, 62, 93 Abs 3 Nr. 1 AktG nicht vereinbar, wenn in jedem ungesicherten upstream-Darlehen ein nachteiliges Geschäft gesehen werde. Für die Frage, ob ein Nachteil vorliege, komme es auf eine konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen AG an. Diese Rechtsauffassung werde durch die mit dem MoMiG einhergehende Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise im Rahmen des § 57 AktG „bestätigt“. Da die §§ 311, 317 AktG als Privilegierung gegenüber dem

Verbot der Einlagenrückgewähr aus § 57 AktG gedacht seien, könnten insoweit keine strengeren Maßstäbe gelten.

Der BGH macht erfreulicherweise von der Gelegenheit Gebrauch, auch zur Behandlung von Altfällen vor dem Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 Stellung zu nehmen. Er erklärt ausdrücklich, dass er seine Rechtsauffassung aus dem sog. November-Urteil des Jahres 2003 (Urteil vom 24.11.2003, II ZR 171/01) auch im Hinblick auf Altfälle aufgibt. Damit kommt es für die Frage, ob die Gewährung eines Darlehens an einen Gesellschafter gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30 GmbHG oder 57 AktG verstößt, auch soweit die Auszahlung vor dem 01.11.2008 erfolgte, nicht mehr auf die Ausnahmekriterien aus dem sog. November-Urteil (Vergabe des Kredites im Interesse der Gesellschaft, Drittvergleich und zweifelsfreie Kreditwürdigkeit oder Sicherheitenstellung) an. Es genügt, dass die Leistung an den Gesellschafter im Sinne der Änderungen durch das MoMiG durch einen „vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch“ gegen den Gesell-

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ **Gesellschaftsrecht**
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

schafter bzw. Aktionär „gedeckt“ ist. Auf einen Drittvergleich oder die Stellung von Sicherheiten kommt es demnach im Grundsatz weder für Neu- noch für Altfälle weiter an.

Besondere Bedeutung haben unter der neuen Rechtslage das Kriterium der Vollwertigkeit und das des Deckungsgebots. Diese Begriffe müssen durch die Rechtsprechung näher ausgefüllt werden. Zunächst ist sichergestellt, dass für die Beurteilung der Vollwertigkeit allein der Zeitpunkt der Darlehensgewährung maßgeblich ist. Zur Frage, wie die Vollwertigkeit zu prüfen ist, führt der BGH aus, Maßstab sei eine „vernünftige kaufmännische Beurteilung, wie sie auch bei der Bewertung von Forderungen aus Drittgeschäften im Rahmen der Bilanzierung (§ 253 HGB) maßgeblich ist“. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Rückzahlung sei dafür nicht erforderlich.

Zur Frage der Erforderlichkeit einer Verzinsung hat der BGH nicht im Detail Stellung genommen und lediglich festgestellt, es bleibe dabei, dass es für die abhängige Gesellschaft

im faktischen Konzern einen Nachteil im Sinne des § 311 AktG darstelle, wenn das Darlehen nicht oder nicht angemessen verzinst ist. Inwieweit eine angemessene Verzinsung auch im Rahmen der §§ 57 AktG und 30 GmbHG trotz der Änderungen durch das MoMiG erforderlich ist, hat der BGH nicht präzisiert. Jedenfalls bei längerfristigen Krediten dürfte trotz des Verzichtes auf einen Drittvergleich eine angemessene Verzinsung zu fordern sein, da ansonsten der Rückforderungsanspruch nicht voll bilanziert werden kann, das Darlehen also nicht „vollwertig gedeckt“ wäre. Teilweise wird vertreten, eine Verzinsungspflicht bestehe erst bei Laufzeiten ab einem Jahr und sei bei kurzfristiger Darlehensgewährung im Rahmen eines Cash Pools entbehrlich (vgl. Kiefner/Theusinger NZG 2008, 801, 804; Winter DStR 2007, 1484; Drygala/Kremer ZIP 2007, 1289, 1293; Altmeppen ZIP 2009, 49, 52; letzterer allerdings gegen die pauschale Jahresfrist). Diese Frage ist weder durch das MoMiG ausdrücklich geklärt noch durch das Urteil des BGH vom 01.12.2008 eindeutig beantwortet. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung bleibt abzuwarten.

Ansprechpartner: [Corinna Buschtöns LL.M.](#)
Rechtsanwältin
E-Mail: corinna.buschtöns@hammonds.de

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ **Gesellschaftsrecht**
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Der BGH stellt weiter klar, dass die Kontrollpflichten der Verwaltungsorgane nach Einräumung eines upstream-Darlehens durch das MoMiG unverändert geblieben sind. Aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG folge die Verpflichtung der Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft, „*laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung mit einer Kreditkündigung oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren*“. Die Verwaltungsorgane müssen also stets das Fortbestehen der Vollwertigkeit der Rückforderungsansprüche überprüfen. Für ein Cash Pooling folgt

aus diesen Kontrollpflichten die Notwendigkeit, entsprechende Informationssysteme zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft einzurichten. Bei Verletzungen dieser Verpflichtungen – die im faktischen Konzern wiederum für sich genommen nachteilige Geschäfte im Sinne des § 311 AktG darstellen können – droht eine Schadensersatzhaftung der Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder bzw. der Geschäftsführer. Auch die herrschende Gesellschaft treffen korrespondierende Informationspflichten und ggf. Vermögensbetreuungspflichten, deren Verletzung zu einer Schadensersatzhaftung führen können.

Erlaubnispflicht für Factoring- und Finanzierungsleasing-Geschäfte

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ **Gesellschaftsrecht**
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Mit Inkrafttreten der das Kreditwesengesetz (KWG) ergänzenden Bestimmungen des Jahressteuergesetzes 2009 am 25.12.2008 zählt nunmehr auch das Factoring (ebenso wie das Finanzierungsleasing) zu den sogenannten Finanzdienstleistungen im Sinne des KWG (§ 1 Abs. 1a Nr. 9 und 10 KWG) und unterliegt damit der Erlaubnispflicht gemäß § 32 KWG.

Für Unternehmen, die der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin) bis zum 31. Januar 2009 angezeigt haben, dass Sie die Tätigkeit des Factoring ausüben, greift eine Erlaubnisfiktion ein. Für Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes zwei der drei Kriterien des § 267 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches (HGB) erfüllen, gilt eine verlängerte Frist bis zum 31. Dezember 2009.

Für Finanzdienstleistungsinstitute, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes eine Erlaubnis für eines oder mehrere Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 bis 4 KWG haben, gilt die Erlaubnis für das Factoring oder für das Finanzierungsleasing als erteilt, ohne dass eine erneute Anzeige an die BAFin erforderlich ist.

Falls nach dem Vorstehenden eine Anzeige erforderlich ist, so muß die Anzeige im Sinne des 64j Abs. 2 KWG muss neben dem auszufüllenden Formblatt („BAFin-Formblatt zur Anzeige gemäß § 64j Abs. 2 KWG“) Angaben in Bezug auf die Geschäftsleiter, die Inhaber bedeutender Beteiligungen, die Höhe dieser Beteiligungen, den Jahresabschluss, einen aktuellen Handelsregisterauszug und die Gewerbeanzeige nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Gewerbeordnung enthalten.

Bundestag verabschiedet Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz

Der Bundestag hat am 22. Januar 2009 das Gesetz zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterkapitalbeteiligung verabschiedet (zum Regierungsentwurf siehe Hammonds-Newsletter von Oktober 2008). Der Bundesrat wird dem Gesetz voraussichtlich in seiner Sitzung am 13. Februar 2009 zustimmen. Das Gesetz soll am 1. April 2009 für Lohnzahlungszeiträume ab 2009 in Kraft treten.

Kernpunkt des Gesetzes ist die Anhebung der Arbeitnehmersparzulage für vermögenswirksame Leistungen, die in betriebliche Beteiligungen oder bestimmte Branchenfonds fließen, von 18% auf 20% des Anlagebetrages (max. 400 EUR). Die Höchstzulage steigt also von 72 EUR auf 80 EUR. Die Einkommensgrenze, bis zu der die Sparzulage gezahlt wird, soll von 17.900 EUR auf 20.000 EUR (für Ledige) und von 35.800 EUR auf 40.000 EUR (für Verheiratete) erhöht

werden. Der steuer- und sozialversicherungsfreie Höchstbetrag für die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung der Vermögensbeteiligungen wird auf jährlich 360 EUR deutlich erhöht.

Neben der Beteiligung am eigenen Unternehmen werden zukünftig auch indirekte Beteiligungen über noch einzurichtende Mitarbeiterbeteiligungsfonds gefördert. Die Mittel der neu im Investmentgesetz geregelten Fondskategorie fließen den Unternehmen zu, die ihren Arbeitnehmern freiwillige Leistungen zum Erwerb der Fondsanteile gewähren. Der Mitarbeiterbeteiligungsfonds hat im Vergleich zur Direktanlage insbesondere den Vorteil der Risikomischung und der Überwachung durch die BaFin. Der Fonds darf insbesondere in unverbriefte und stille Unternehmensbeteiligungen, börsen- und nichtnotierte Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Investmentanteile und Derivate inves-

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ **Steuerrecht**
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abonnieren

Ansprechpartner: [Dr. Christian Bleschke](#)
 Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuerrecht
 E-Mail: christian.bleschke@hammonds.de

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ **Steuerrecht**
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

tieren. Anders als bei anderen Fonds nach dem Investmentgesetz ist höchstens einmal im Monat ein Rückgabekurs festzulegen. Im Vergleich zum Regierungsentwurf gab es noch einige Änderungen. So wurde insbesondere die Mindestanlagegrenze gesenkt. Der ursprüngliche Entwurf sah für die Fonds eine Verpflichtung vor, spätestens nach zwei Jahren 75% ihres Vermögens in Unternehmen zu investieren, deren Arbeitnehmer sich am Fonds beteiligen.

Diese Grenze wurde nunmehr auf 60% gesenkt und die Anlaufzeit auf drei Jahre verlängert. Die Fondsanteile dürfen im übrigen auch von fremden Anlegern erworben werden.

Vor dem 1. Januar 2009 erworbene Investmentfondsanteile können weiterhin außerhalb der einjährigen Frist steuerfrei veräußert werden. Das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz stellt insoweit klar, dass die Besteuerung von Gewinnen aus der Rückgabe oder Veräußerung von Investmentanteilen im Rahmen der Abgeltungssteuer nur für Anteile gelten wird, die der Anleger nach dem 31. Dezember 2008 erworben hat.

Vorsteuerabzug bei gemischter Verwendung eines Gebäudes

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ **Steuerrecht**
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abbestellen

Beim Erwerb oder Umbau sowie bei Aufwendungen zur Nutzung, Erhaltung oder Unterhaltung eines Gebäudes (kann der in den Kosten enthaltene Umsatzsteuerbetrag grundsätzlich als Vorsteuerabzug gegenüber dem Finanzamt geltend gemacht werden, wenn das Gebäude steuerpflichtig genutzt wird. Bei gemischter Verwendung des Gebäudes z.B. bei steuerfreier Wohnungsvermietung und steuerpflichtiger Vermietung an einen Handwerksbetrieb, ist die Aufteilung der Vorsteuern nach § 15 Abs. 4 UStG zwischen dem Steuerpflichtigen und dem Finanzamt häufig umstritten.

Unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) aus den Jahren 2006 und 2007 (V R 43/03 sowie V R 43/06) hat die Bundesfinanzverwaltung in einem Schreiben vom 30.09.2008 zur Frage des Umfangs bzw. der Aufteilung des Vorsteuerabzugs bei gemischt genutzten Gebäuden Stellung genommen und teilweise ihre bisherige Auffassung korrigiert. In der Vergangenheit war die Aufteilung der Vorsteuerbeträge nach § 15

Abs. 4 UStG nur auf solche Gebäudeteile beschränkt, die tatsächlich gemischt genutzt werden (z. B. Treppenhaus, Dach), während beispielsweise Fenster und sämtliche Ausbaukosten den betreffenden Räumlichkeiten direkt zugeordnet wurden.

Nunmehr ist im Hinblick auf die Vorsteueraufteilung entstandener Kosten zunächst danach zu unterscheiden, ob es sich um (nachträgliche) Anschaffungs- und Herstellungskosten oder Erhaltungsaufwendungen handelt, für die unterschiedliche Aufteilungsgrundsätze gelten.

1. (Nachträgliche) Anschaffungs- und Herstellungskosten

Die Vorsteuerbeträge nachträglicher Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Gebäudes, das sowohl für steuerfreie als auch steuerpflichtige Ausgangsumsätze (z.B. Vermietung) genutzt wird, sind entsprechend der Verwendung des gesamten Gebäudes aufzuteilen. Als sachgerechter Aufteilungsmaßstab gilt dabei das Verhältnis der Nutzflä-

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ **Steuerrecht**
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abonnieren

chen. Ist keine andere wirtschaftliche Zurechnung möglich, so erfolgt die Aufteilung nach dem Umsatzschlüssel. Eine Zurechnung der Kosten nach einem sog. Investitionsschlüssel oder nach einer räumlichen oder zeitlichen Anbindung ist nicht zulässig.

Beispiel: Wird die Fläche eines zu errichtenden Hauses zu 60% steuerpflichtig und 40% steuerfrei vermietet, so ist der Unternehmer bei Herstellungskosten in Höhe von 100.000 € zzgl. 19% Umsatzsteuer (19.000 €) zu einem Vorsteuerabzug in Höhe von 60% (11.400 €) berechtigt.

Bei der Vorsteueraufteilung von nachträglichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten ist die beabsichtigte Verwendung des betreffenden Gegenstandes maßgeblich. Hierbei sind abgrenzbare Gebäudeteile gesondert zu beurteilen (z.B. Ausbau eines Dachgeschosses).

2. Aufteilung von Erhaltungsaufwendungen

Handelt es sich bei den bezogenen Leistungen um Erhaltungsaufwendungen oder um Leistungen, die mit dem Gebrauch oder der Nutzung des Gebäudes zusammenhän-

gen, sind die Leistungen vorrangig den steuerfreien bzw. steuerpflichtig verwendeten Gebäudeteilen zuzuordnen.

Beispiel: Erneuert der Unternehmer in den steuerpflichtig vermieteten Räumen (70% der Fläche des Gesamtgebäudes) den Fußboden, so ist der Unternehmer aus diesen Aufwendungen grundsätzlich in vollem Umfang zum Vorsteuerabzug berechtigt.

Ist keine direkte Zurechnung des Erhaltungsaufwands möglich, so erfolgt die Aufteilung nach den gleichen Grundsätzen wie für Anschaffungs- oder Herstellungskosten.

Beispiel: Wird die Fassade eines zu 70% steuerpflichtig vermieteten Gebäudes saniert und können die Aufwendungen nicht direkt bestimmten Gebäudeteilen zugerechnet werden, so ist nur in Höhe von 70% der Aufwendungen ein Vorsteuerabzug möglich.

Seit dem 01.01.2009 sind die abziehbaren Vorsteuern nur noch nach den neuen Grundsätzen zu ermitteln.

UWG Gesetzesänderung: Mehr Rechtssicherheit für Verbraucher und strengere Anforderungen an Unternehmen

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ **Gewerblicher
Rechtsschutz**
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Am 30. Dezember 2008 ist die Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft getreten und setzt die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/WG) vom 1. Mai 2005 um.

Diese Richtlinie verfolgt vor allem das Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten und betrifft insbesondere das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher. Ziel der Richtlinie ist außerdem eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes beitragen soll. Die Verbraucher können so die Vorteile des europäischen Binnenmarktes, wie ein größeres Produktangebot und niedrigere Preise, besser nutzen und dabei im Ausland ein gleichermaßen hohes Schutzniveau vorfinden. Gleichzeitig sollen eventuell bestehende Wettbewerbsvorteile durch das unterschiedliche Schutzniveau in den einzelnen Mitgliedsstaaten beseitigt werden.

Die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht soll zu einer weiteren Verbesserung des bereits anerkannt hohen Verbraucherschutzniveaus im deutschen Wettbewerbsrecht führen, das mit der letzten großen Reform des UWG im Jahre 2004 umgesetzt wurde. Das UWG hat u. a. einen Anhang in Form einer sog. „Schwarzen Liste“ erhalten, in der 30 irreführende und aggressive geschäftliche Handlungen aufgeführt sind, die unter allen Umständen als unlauter gelten. Dazu gehört z. B.

- ▶ die „unwahre Angabe eines Unternehmers, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodexes zu gehören“ (Nr. 1 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG) oder
- ▶ die „unwahre Angabe, der Unternehmer werde demnächst sein Geschäft aufgeben oder seine Geschäftsräume verlegen“ (Nr. 15 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG) oder

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ **Gewerblicher
Rechtsschutz**
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

- ▶ „das Angebot eines Wettbewerbs oder Preisausschreibens, wenn weder die in Aussicht gestellten Preise noch ein angemessenes Äquivalent vergeben werden“ (Nr. 20 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG) oder
- ▶ „die ausdrückliche Angabe, dass der Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt des Unternehmers gefährdet sei, wenn der Verbraucher die Ware oder Dienstleistung nicht abnehme“ (Nr. 30 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG).

Eine weitere Neuerung ist die Einfügung von § 5 a UWG, der die Irreführung durch Unterlassen regelt. Danach sollen Unternehmen Verbrauchern solche Informationen nicht vorenthalten dürfen, die sie für ihre wirtschaftliche Entscheidung benötigen. Ein nicht abschließender Katalog von Informationsanforderungen soll Rechtssicherheit und Transparenz schaffen.

Erwähnenswert ist auch die Ausweitung des Verbraucherschutzes für das Verhalten der Unternehmer während und nach Vertragsschluss (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). Bisher bezogen sich die Regelungen des UWG ausschließlich auf geschäftliche Handlungen vor Vertragsschluss.

Insgesamt verbessert die Änderung des UWG die Stellung der Verbraucher durch die Schaffung von Transparenz und Rechtssicherheit. Für die Unternehmen bedeutet dies strengere Anforderungen an ihr geschäftliches Handeln vor, während und nach Vertragsschluss. Die „Schwarze Liste“ des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ist – will man Abmahnungen von Mitbewerbern oder Verbraucherschutzverbänden vermeiden – in jedem Fall zu beachten. Bezüglich einiger Regelungen besteht bei richtlinienkonformer Auslegung noch Konkretisierungsbedarf. Es bleibt abzuwarten, wie der BGH und EuGH dieser Aufgabe nachkommen werden.

Neues EuGH Urteil zu Voraussetzungen der rechtserhaltenden Markennutzung von Werbeartikeln

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ **Gewerblicher
Rechtsschutz**
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

In der Sache „Maselli“ (Urteil vom 15. Januar 2009, Rechtsache C-495/07) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschieden, dass keine rechtserhaltende, „ernsthafte“ Benutzung vorliegt, wenn der Inhaber einer Marke diese auf Gegenständen anbringt, die er den Käufern seiner anderen Waren kostenlos mitgibt.

Der Entscheidung des EuGH liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die überwiegend im Bereich Mode tätige Maselli-Strickmode GmbH (nachfolgend „Maselli“) ist Inhaberin der 1989 registrierten österreichischen Wortmarke Nr. 127.803 „WELLNESS“, u. a. eingetragen für Waren der Klasse 25 (u. a. Bekleidungsstücke) sowie der Klasse 32 (u. a. alkoholfreie Getränke). Maselli nutzte die Marke in den Jahren 1999 und 2000 für ein alkoholfreies Getränk, welches sie den Käufern ihrer vertriebenen Textilien als Geschenk mitgab. Für gesondert verkaufte Getränke nutzte Maselli die Marke nicht. Die Silberquelle GmbH (nachfol-

gend „Silberquelle“), welche im Vertrieb von alkoholfreien Getränken tätig ist, beantragte beim österreichischen Patentamt die Löschung der Marke wegen Nichtgebrauchs im Umfang der Klasse 32.

Hintergrund der Problematik ist folgender: Eine Marke kann auf Antrag Dritter oder von Amts wegen gelöscht werden, wenn sie nicht innerhalb von fünf Jahren seit der Registrierung für die im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis aufgeführten Waren und Dienstleistungen benutzt wird. Maßgebliches Kriterium für diese rechtserhaltende Benutzung ist die Ernsthaftigkeit und Funktionsmäßigkeit der Benutzung. Hierfür kann es nach Rechtsprechung des BGH – beispielsweise ausreichen, dass die Benutzung auf Geschäftspapieren oder in der Werbung erfolgt ist. Zudem liegt aus Sicht des EuGH keine ernsthafte Benutzung im Falle einer lediglich „symbolischen“ Nutzung der Marke vor.

Ansprechpartner: [Julia Biebl](#)

Rechtsanwältin

E-Mail: Julia.Biebl@hammonds.de

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ **Gewerblicher
Rechtsschutz**
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

So begründete Silberquelle auch im vorliegenden Fall ihren Löschantrag damit, dass Maselli die Marke vor mehr als fünf Jahren registriert habe, jedoch weder von ihr noch mit ihrer Zustimmung durch Dritte kennzeichenmäßig und im übrigen nur „symbolisch“ genutzt worden sei. Daraufhin hatte das österreichische Patentamt Masellis Marke für die Waren der Klasse 32 gelöscht. Gegen die Entscheidung legte Maselli Berufung vor dem obersten Patent- und Markensenat ein. Da die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung der Markenrichtlinie 89/104/EWG vom 21. Dezember 1988 abhängt, hatte dieser entschieden, dem EuGH die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen: Wird eine Marke ernsthaft im Sinne der Markenrichtlinie benutzt, wenn sie für Waren (hier: alkoholfreie Getränke) gebraucht wird, die der Markeninhaber den Käufern anderer von ihm vertriebenen Waren (hier: Textilien) nach Abschluss des Kaufvertrages kostenlos mitgibt?“

In seiner Entscheidung ist der EuGH der Ansicht des Generalstaatsanwalts in seinen Schlussanträgen gefolgt und hat die Frage verneint: Unter „ernsthafter“ Benutzung im Sinne der Markenrichtlinie sei nach ständiger Rechtsprechung eine tatsächliche Benutzung zu verstehen, die der Hauptfunktion der Marke entspricht. Diese beinhaltet, dem Verbraucher die Ursprungsidentität einer Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem ihm ermöglicht wird, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden. Diese Voraussetzung sei nach EuGH nicht erfüllt, wenn Werbegegenstände als Belohnung für den Kauf anderer Waren und zur Förderung von deren Absatz verteilt werden: Die Gegenstände werden dann nicht mit dem Ziel vertrieben, einen Absatzmarkt für die maßgeblichen Waren der betreffenden Klasse – hier alkoholfreie Getränke – zu schaffen. Zudem werde auch nicht dazu beigetragen, die Gegenstände im Interesse des Verbrauchers von denen anderer zu unterscheiden.

Ansprechpartner: [Julia Biebl](#)

Rechtsanwältin

E-Mail: Julia.Biebl@hammonds.de

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ **Gewerblicher
Rechtsschutz**
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Die Entscheidung gefährdet den Markenschutz vor allem für kostenlose Werbestartikel und die Ausarbeitung effizienter Marketingstrategien: Denn es ist nahe liegend, dass Dritte sich die Ideen im Hinblick auf die Nutzung einer Marke für bestimmte Artikel, die Bestandteil der Werbestrategie sind, zunutze machen und entsprechende Lösungsverfahren in Gang setzen, um die Marke für sich registrieren zu lassen. Gleichzeitig trägt die Entscheidung des EuGH möglicherweise aber auch dazu bei, dass die Markenregister nicht durch solche Marken „blockiert“ werden, die auf dem entsprechenden Markt eben nicht präsent sind.

Schließlich bleibt die Beurteilung der ernsthaften Benutzung einer Marke, laut EuGH jeweils eine Frage des Einzelfalles. So hatte der EuGH in einer anderen Angelegenheit („Radetzky-Orden“, Urteil vom 9. Dezember 2008, Rechtsache C-442/07) erst kürzlich festgestellt, dass es nicht darauf ankomme, ob die Waren oder Dienstleistungen ohne Gewinnerzielungsabsicht angeboten werden und einem ideellen Verein daher eine ernsthafte Markenbenutzung aufgrund der Nutzung der Marke auf Ankündigungen von Veranstaltungen, auf Geschäftspapieren und Werbematerial sowie auf von den Mitgliedern getragenen Ansteckzeichen beim Sammeln und Verteilen von Spenden zugestanden.

Ansprechpartner: [Carolin Hartenstein](#)

Rechtsanwältin

E-Mail: Carolin.Hartenstein@hammonds.de

Ansprechpartner: [Dr. Annette Demmel](#)

Rechtsanwältin

E-Mail: Annette.Demmel@hammonds.de

Verwaltungsgericht Berlin befreit Provider von der Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung

Nach einer Eilentscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin vom 17.10.2008 könnten die Investitionen zur Vorratsdatenspeicherung überflüssig geworden sein. Das Gericht hatte auf Antrag der BT Germany, einer deutschen Tochtergesellschaft der British Telecom, per Eilantrag deren Verpflichtung, auf eigene Kosten Überwachungstechnik anzuschaffen und zu betreiben, vorläufig ausgesetzt.

BT Germany hatte dargelegt, sie müsste zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen einmalig Kosten in Höhe von 720.000 € für die Einrichtung der Technik aufwenden und 420.000 € jährlich an laufenden Betriebskosten für die neue Technik bereit stellen. Eine Kostenübernahme sei insbesondere deshalb unangemessen, weil angesichts des Kundenkreises – vor allem größere Unternehmen und Behörden – kaum mit Anfragen von Ermittlern zu rechnen sei.

Das Verwaltungsgericht sah in der entschädigungslosen Übernahme sämtlicher Investitionskosten für Maßnah-

men zur Vorratsdatenspeicherung Belange der über Art. 12 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigt und untersagte es der Bundesnetzagentur vorläufig, gegenüber BT Germany (bußgeldbewehrte) Maßnahmen wegen des Unterlassens der Vorhaltung von Anlagen zur Vorratsdatenspeicherung einzuleiten. Die Frage der Rechtmäßigkeit der geltenden Kostentragungsregelung in § 110 TKG hat das Verwaltungsgericht Berlin bereits in einem ähnlich gelagerten Fall dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt. Eine Entscheidung hierzu steht noch aus. Maßgeblich sei im Rahmen der Folgenabwägung im vorliegenden Fall gewesen, dass die Antragstellerin keinen Ersatz für ihre Aufwendungen zur Anschaffung und zur Unterhaltung der Überwachungstechnik erlangen könnte, falls das Bundesverfassungsgericht die Kostentragungsregel im TKG für nichtig erklärt. Denn es gibt grundsätzlich keine staatliche Haftung für legislatives Unrecht. Das Verwaltungsgericht entschied damit zugunsten von BT Germany, diese vorläufig vor irreversiblen Vermögensschäden zu schützen.

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ **IT-Recht**
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abbestellen

Ansprechpartner: [Carolin Hartenstein](#)

Rechtsanwältin

E-Mail: Carolin.Hartenstein@hammonds.de

Ansprechpartner: [Dr. Annette Demmel](#)

Rechtsanwältin

E-Mail: Annette.Demmel@hammonds.de

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ **IT-Recht**
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Zum gesetzlichen Hintergrund: Seit Anfang diesen Jahres unterliegen Anbieter von Internet, E-Mail und Internet-telefonie einer umfassenden Datenspeicherungspflicht. So müssen z. B. die Rufnummer, DSL-Kennung, die IP-Adresse und Beginn und Ende der Internetverbindung bzw. eines Gespräches ebenso gespeichert werden wie die E-Mail-Adressen und IP-Adressen des Absenders und Empfängers, sowie die Zeitangaben des E-Mail-Verkehrs. Kommt der Anbieter diesen Verpflichtungen nicht oder nicht ausreichend nach, droht ihm ein empfindliches Bußgeld. Die generierten Daten dürfen für Zwecke der Strafverfolgung an die Polizei und die Staatsanwaltschaft herausgegeben werden. Der Nutzung für eigene Zwecke des Anbieters, beispielsweise zu Marketingzwecken, sind enge Grenzen gesetzt.

Die hohen Investitions- und Vorhaltekosten werden derzeit den Unternehmen auferlegt, nicht jedoch den Strafverfolgungsbehörden, die Nutznießer dieser Daten sind. Nach den Regelungen des Telekommunikationsgesetzes wird weder für die Datenerhebung noch für die Datenspeicherung eine Entschädigung gewährt. Hieran ändert auch eine aktuelle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nichts, das im Wege einer einstweiligen Verfügung zwar den Vollzug einzelner Normen des TKG bis März 2009 vorläufig eingegrenzt hat. Die grundsätzliche Speicherpflicht für Telekommunikationsunternehmen ab Januar 2009 ist von der Eilentscheidung jedoch nicht eingeschlossen. Auch der derzeitige Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Entschädigung von Telekommunikationsunternehmen für die Heranziehung im Rahmen der Strafverfolgung (BT.-Drs. 16/7103) sieht nur eine ex-post Pauschalentschädigung für Datenzugriffe vor, jedoch keine ex-ante Entschädigung für getätigte Investitionskosten der Telekommunikationsunternehmen.

Neues EuGH Urteil zu Website-Impressum

Wer geschäftsmäßig eine Internetseite unterhält, muss diese mit einem Impressum versehen. Die bislang ungeklärte Frage, ob in dem Impressum stets auch eine Telefonnummer stehen muss, hat nun der EuGH mit Urteil vom 16.10.2008, C-298/07, aufgrund einer Vorlage des BGH beantwortet.

Zum Hintergrund: § 5 Abs. 1 Nr. 2 Telemediengesetz (TMG) sieht vor, dass Angaben im Impressum vorzuhalten sind, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit dem Diensteanbieter ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post. Für Letztere wird üblicherweise eine E-Mail-Adresse angegeben. Ob für die schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation eine Telefonnummer erforderlich ist, war bislang in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Der EuGH hat nun klargestellt, dass eine elektronische Anfragemaske neben der E-Mail-Adresse als unmittelbarer und effizienter Kommunikationsweg im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchstabe c der E-Commerce-Richtlinie (RL 2000/31/EG) genügt, wenn der Diensteanbieter auf Anfragen innerhalb von 30 bis 60 Minuten antwortet. Die definierte Zeitspanne gelte aber nur innerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten. Die Angabe einer Telefonnummer sei im Ausnahmefall aber dennoch erforderlich, wenn der Nutzer des Dienstes nach der elektronischen Kontaktaufnahme keinen Zugang mehr zum Internet hat und um Angabe eines anderen Kontaktweges bittet.

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ **IT-Recht**
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abonnieren

Ansprechpartner: [Dr. Annette Demmel](#)
Rechtsanwältin
E-Mail: Annette.Demmel@hammonds.de

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ **IT-Recht**
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Weitere Klärung zur richtlinienkonformen Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG schafft die Entscheidung des EuGH nicht. Unklar bleibt weiterhin, wie lange eine angegebene Telefonnummer während der Geschäftszeiten auf einen Anrufbeantworter umgeleitet oder mit unzumutbar langen Warteschleifen belegt werden darf („Leider sind unsere Mitarbeiter momentan alle im Gespräch. Sie werden jedoch mit dem nächsten freien Abfrageplatz verbunden.“). Dürfen diese Warteschleifen überdies kostenpflichtig sein? Bislang wird angenommen, dass der Diensteanbieter nicht verpflichtet ist, Telefonnummern zur Anwahl bereit zu stellen, die

nur die Verbindungsgebühren kosten. Mehrwertdienste oder sog. Shared-Cost-Dienste, die über 0180 zu erreichen sind, werden überwiegend als zulässig erachtet, jedoch nur insoweit die eingenommenen Gebühren zur Deckung der Kosten für die Hotline erforderlich sind. Eine zusätzliche Gewinnerzielung durch die Kontaktaufnahme über das Homepage-Impressum dürfte unzulässig sein.

Das nun ergangene Urteil des EuGH bringt zwar Klärung für eine der wichtigen Fragen hinsichtlich des Impressums, weitere Fragen bleiben aber nach wie vor ungeklärt.

Ansprechpartner: [Dr. Amel Schneider](#)
Rechtsanwältin
E-Mail: Amel.Schneider@hammonds.de

Weitergabe von Patientendaten durch Krankenhäuser ohne ausdrückliche Regelung unzulässig

In einer grundlegenden Entscheidung hat der 6. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) ein Urteil zur Reichweite des Schutzes von Patientendaten in der gesetzlichen Krankenversicherung gesprochen. Wie das BSG in einer Pressemitteilung vom 10.12.2008 (Az. 6 KA 37/07 R) bekannt gab, dürfen Krankenhäuser oder Vertragsärzte keine Patientendaten an private Abrechnungsstellen weitergeben, und zwar selbst dann nicht, wenn die Patienten zuvor eine entsprechende Einwilligungserklärung abgegeben haben.

In dem zugrunde liegenden Fall hatte ein Krankenhaus-träger Patienten- und Leistungsdaten für ambulante Notfallbehandlungen, die über die Kassenärztliche Vereinigung abzurechnen waren, an eine Abrechnungsstelle übermittelt. Der Krankenhaus-träger hatte zuvor sein gesamtes Abrechnungswesen an einen privaten Dienstleister ausgelagert und diesen mit der Abrechnung der Leistungen beauftragt. Die Patienten hatten zuvor eine – jederzeit widerrufliche –

Erklärung abgegeben, dass sie mit der Verarbeitung ihrer Daten durch das private Abrechnungsunternehmen einverstanden sind.

Die Kassenärztliche Vereinigung lehnte die Vergütung der auf diesem Wege erstellten Abrechnungen für die Notfallbehandlungen im Jahr 2005 ab, wurde aber nach Klageerhebung durch den betroffenen Krankenhausträger im Wege einstweiliger Anordnungen verpflichtet, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits solche Abrechnungen weiter zu honorieren. Erst in dritter Instanz gab das Gericht der Kassenärztlichen Vereinigung recht: Nach Auffassung des BSG ist die Weitergabe der Daten von im Krankenhaus behandelten Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung derzeit nach den Bestimmungen der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zugelassen. Sie ist selbst dann unzulässig, wenn die Patienten in die Datenweitergabe formal eingewilligt haben.

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ **Health Care**
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abbestellen

Ansprechpartner: [Dr. Amel Schneider](#)
Rechtsanwältin
E-Mail: Amel.Schneider@hammonds.de

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ **Health Care**
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Welche Auswirkungen hat dieses Urteil auf die gängige Praxis der Krankenhasträger, Abrechnungen an private Dienstleister auszulagern und hierfür auch kein Personal mehr vorzuhalten? Das Urteil des BSG betrifft zunächst ausschließlich die Abrechnungen von ambulanten Leistungen auf der Basis des EBM. Das Gericht räumt den Leistungserbringern eine Übergangsregelung bis zum 30.06.2009 ein. Leistungen, die bis zu diesem Stichtag erbracht werden, müssen von den Kassenärztlichen Vereinigungen trotz des Verstoßes gegen das Verbot der Datenweitergabe noch abgerechnet werden.

Nach Ablauf des 30. Juni 2009 dürfen die Kassenärztlichen Vereinigungen sowie die Krankenkassen keine Abrechnungen durch private Abrechnungsstellen mehr begleichen. Verschiedene Interessenverbände haben sich an das Bundesministerium für Gesundheit mit dem Ziel gewandt, auf eine Gesetzesänderung hinzuwirken. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber, obgleich das Urteil des BSG bislang nicht im Volltext zugänglich ist, zügig reagiert und bis zum 1. Juli 2009 eine sichere Rechtsgrundlage für die Weitergabe von Patientendaten durch die Leistungserbringer vorliegt.

Neue Anforderungen an Generalunternehmer durch das neue BauFordSiG

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abbestellen

Am 01.01.2009 ist das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG), ein Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen in Kraft getreten. Ob das Gesetz seinem erklärten Zweck, Bauunternehmer vor existenzbedrohenden Liquiditätsschwierigkeiten durch lang andauernde hohe Außenstände der Auftraggeber zu schützen, gerecht werden wird, wird sich in der Praxis erst noch erweisen. Sicher ist bereits jetzt, dass das Gesetz nicht nur Erleichterungen für Bauunternehmer mit sich bringt, sondern auch erheblich höhere Anforderungen an General- und Hauptunternehmer, und zwar im Umgang mit Geldern, die sie lediglich an ihre Nachunternehmer durchreichen.

Entstanden sind diese neuen Anforderungen durch die in Artikel 5 des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) eingeführten Änderungen am Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Neben der Änderung des Kurztitels (künftig

Bauforderungssicherungsgesetz – BauFordSiG) wurde der Begriff des Baugeldes erheblich erweitert und die damit verbundene Baugeldverwendungspflicht verschärft. § 1 Abs. 3 BauFordSiG enthält eine neue, erheblich erweiterte Definition des Baugeldes. Nach der bis zum 31.12.2008 geltenden Regelung war Baugeld lediglich das dem Bauherrn von der Bank zur Durchführung des Baus zur Verfügung gestellte und durch Hypotheken oder Grundschulden gesicherte Darlehen. Die neue Regelung versteht unter Baugeld nunmehr auch alle Geldbeträge, „die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaus stehende Leistung, die der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an dieser Leistung ein anderer Unternehmer auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt waren.“ Insbesondere Abschlagszahlungen, die ein Unternehmer vom Bauherrn erhalten hat, sollen unter den neuen Begriff des Baugeldes fallen.

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

Nach bisheriger Rechtslage war aufgrund des engen Baugeldbegriffs im Wesentlichen nur der Bauherr hinsichtlich des fremdfinanzierten Anteils der Baugeldverwendungspflicht unterworfen. Eigenmittel waren nicht betroffen. Aufgrund des neuen, erheblich weiteren Begriffs des Baugeldes ist nunmehr jeder Baubeteiligte, der von seinem Auftraggeber Geld zur Durchführung des Baus erhält und die Bauleistungen nicht vollständig selbst, sondern auch durch Subunternehmer erbringt, der Baugeldverwendungspflicht unterworfen. Dies gilt somit auch für Eigenmittel des Bauherrn. In erster Linie sind also General- und Hauptunternehmer betroffen. Auf diesen Personenkreis kommen nun neue Pflichten zu, deren Verletzung erhebliche zivil- und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Das empfangene Baugeld darf nur zur Befriedigung der Baubeteiligten, d.h. solcher Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baus auf Grund eines Werk-, Dienst oder Kaufvertrages beteiligt sind, verwendet werden. Anderweitig darf das Baugeld nur verwendet werden,

soweit der Empfänger die Baubeteiligten bereits aus anderen Mitteln befriedigt hat.

Diese Änderungen haben umfangreiche Auswirkungen auf die Praxis der General- und Hauptunternehmer. Sie dürfen die empfangenen Gelder nicht zur Deckung der Kosten des laufenden Geschäftsbetriebes verwenden. Auch dürfen keine anderen Bauprojekte querfinanziert werden. Ratsam ist es daher das empfangene Baugeld auf einem gesonderten Konto zu verwahren. Gegebenenfalls ist sogar die Einrichtung eines Treuhandkontos zu empfehlen, das nicht der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung unterliegt.

Die früher in § 2 GSB enthaltene Pflicht zur Führung eines Baubuches ist weggefallen. Die komplizierten und verwaltungsintensiven Vorschriften hatten dazu geführt, dass sich das Baubuch in der Praxis nicht durchgesetzt hatte. Die Rechtsprechung zum alten GSB reagierte auf die Missachtung dieser Pflicht mit einer Beweislastumkehr zu Lasten des Baugeldempfängers. Dieser hatte gegebenenfalls nach-

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ Kartellrecht
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

zuweisen, dass entweder empfangenes Geld kein Baugeld darstellt oder er empfangenes Geld nur zweckgemäß verwendet hatte. Diese Beweislastumkehr ist nun statt der entfallenen Baubuchführungspflicht in § 1 Abs. 4 des neuen BauFordSiG aufgenommen worden. Sie findet nunmehr nicht mehr nur bei unterlassener Führung des Baubuches, sondern immer statt.

Die Neuregelungen ermöglichen einen Haftungsdurchgriff auf die Verantwortungsträger der Baugeldempfänger. Verstößt ein Generalunternehmer gegen die Pflichten zur Baugeldverwendung und fällt das Unternehmen in Insolvenz, so können auch die Vorstände bzw. Geschäftsführer persönlich in Anspruch genommen werden.

Über die persönliche zivilrechtliche Haftung hinaus kann sich der Verantwortungsträger des Baugeldempfängers

auch strafbar machen. Die Strafvorschrift war bereits im alten GSB enthalten, hat durch die Erweiterung des Baugeldbegriffs aber erheblich an Bedeutung gewonnen. Bei einem Verstoß gegen die Pflichten aus § 1 BauFordSiG droht eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

Fazit: Die zum Schutz der Bauunternehmer vor Liquiditätsschwierigkeiten durch Zahlungsverzug der Bauherrn eingeführten Regelungen beinhalten nicht nur Besserstellungen. General- und Hauptunternehmer sind zum Teil auch erheblich höheren Anforderungen als bisher ausgesetzt. Bei Verstoß gegen diese Pflichten droht die persönliche zivilrechtliche Haftung der Verantwortungsträger. Zudem sind strafrechtliche Konsequenzen zu befürchten. Begünstigte dieser neuen Regelung sind in erster Linie Handwerker und andere Nachunternehmer, die am Ende einer längeren Lieferkette stehen.

Ansprechpartner: [Tom S Pick, LL.M.](#)

Rechtsanwalt

E-Mail: Tom.Pick@hammonds.com

Ansprechpartner: [Dr. Jochen P Beck, LL.M.](#)

Rechtsanwalt

E-Mail: Jochen.Beck@hammonds.com

Kommission veröffentlicht Mitteilung zum Behinderungsmisbrauch

Im Dezember 2008 veröffentlichte die Europäische Kommission ihre langerwartete Mitteilung über die Beurteilung des Vorliegens von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen. Herzstück der Mitteilung ist die eindeutige Zusage der Kommission, auf die wirtschaftlichen Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens besonders Rücksicht zu nehmen. Die Kommission stellt auch unmissverständlich klar, dass sie vorrangig Fälle verfolgen wird, in denen Verbraucher Schaden nehmen können.

Drei Jahre nach Einleitung eines öffentlichen Konsultationsprozesses im Dezember 2005 veröffentlichte die Kommission am 3. Dezember 2008 ihre neue Mitteilung hinsichtlich ihrer Prioritäten bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.

Behinderungsmisbrauch ist eine Form des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, bei der ein Marktherrscher versucht, die Expansion oder den Markteintritt eines anderen (potenziellen) Wettbewerbers zu be- oder verhindern. Die häufigsten Formen des Behinderungsmisbrauchs sind Ausschließlichkeitsvereinbarungen, Rabatte, Kopplungs- und Bündelungspraktiken, Kampfpreise und Lieferverweigerung (einschließlich des sogenannten „margin squeeze“). Behinderungsmisbrauch kann den Verbrauchern insofern schaden, als diese weniger Wahlmöglichkeiten haben, Innovationen unterbleiben und/oder niedrigere Preise verhindert werden.

Die Kommissionsmitteilung erläutert im Detail, wie die Kommission bei der Untersuchung, ob ein Verhalten einen Behinderungsmisbrauch im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag darstellt, in Zukunft vorgehen wird. Positiv ist insbesondere, dass die Kommission klar zum Ausdruck bringt,

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen und Bauen
- ⌘ **Kartellrecht**
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter abbestellen

Ansprechpartner: [Tom S Pick, LL.M.](#)

Rechtsanwalt

E-Mail: Tom.Pick@hammonds.com

Ansprechpartner: [Dr. Jochen P Beck, LL.M.](#)

Rechtsanwalt

E-Mail: Jochen.Beck@hammonds.com

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ **Kartellrecht**
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

wirtschaftliche Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens und potentielle Schäden für den Endverbraucher dabei besonders zu berücksichtigen. Die Mitteilung spiegelt die jüngste Entscheidungspraxis der Kommission in Wanadoo, Microsoft und Telefonica wieder und weicht von dem formalistischen, heftig kritisiertem Prüfungsansatz der älteren Entscheidungspraxis in Michelin II und BA/Virgin ab.

Die wichtigsten Punkte der Mitteilung sehen vor:

- ▶ Die Kommission braucht nicht nachzuweisen, dass das Verhalten des Marktbeherrschers den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigt hat. Sie muss nur stichhaltige Beweise dafür erbringen, dass eine Beeinträchtigung wahrscheinlich ist. Dieser niedrige Beurteilungsstandard gibt der Kommission einen weiten Ermessensspielraum.

Unternehmen mit einer starken Marktpräsenz sind somit zur Selbstkontrolle angehalten, um jeden Vorwurf eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu vermeiden.

- ▶ Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Auswirkungen des preisbasierten missbräuchlichen Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens stellt die Kommission darauf ab, ob das Verhalten geeignet ist, vergleichbar effiziente Wettbewerber zu behindern. Artikel 82 EG-Vertrag soll nicht uneffiziente Marktteilnehmer vor effizienter agierenden Wettbewerbern schützen, auch wenn diese eine marktbeherrschende Stellung haben. Dieser Prüfungsstandard ist zu begrüßen. Die Kommission stellt klar fest, dass es kontraproduktiv und schädlich ist, Artikel 82 in einer Weise anzuwenden, die Unternehmen schon wegen ihrer Größe benachteiligen.

Ansprechpartner: [Tom S Pick, LL.M.](mailto:Tom.Pick@hammonds.com)
E-Mail: Tom.Pick@hammonds.com

Ansprechpartner: [Dr. Jochen P Beck, LL.M.](mailto:Jochen.Beck@hammonds.com)
E-Mail: Jochen.Beck@hammonds.com

Inhalt

- ⌘ Home
- ⌘ Editorial
- ⌘ Arbeitsrecht
- ⌘ Gesellschaftsrecht
- ⌘ Banking & Finance
- ⌘ Steuerrecht
- ⌘ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ⌘ IT-Recht
- ⌘ Health Care
- ⌘ Immobilien, Planen
und Bauen
- ⌘ **Kartellrecht**
- ⌘ Kontakt
- ⌘ Newsletter
abbestellen

- ▶ Die Kommission erkennt an, dass es in bestimmten Fällen, in denen ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens als Behinderungsmissbrauch erscheint, objektive Rechtfertigungsgründe für das Verhalten geben kann. Während es begrüßenswert ist, dass Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt wird, durch objektive Gründe die Notwendigkeit ihres Verhaltens zu rechtfertigen, dürfte es sich hierbei um einen sehr schwierigen Beweisstandard handeln. Ob und unter welchen Voraussetzungen dieser im konkreten Fall erfüllt werden kann, wird die Praxis zeigen.

Zu beachten ist, dass eine Mitteilung kein verbindlicher Rechtsakt ist und es der Kommission generell frei steht, in zukünftigen Entscheidungen davon abzuweichen. Die formale Niederlegung des Kommissionsstandpunkts zum Behinderungsmissbrauch ist jedoch zweifellos zu begrüßen. Der Grundansatz der Kommission wird voraussichtlich auch in Zukunft gleich bleiben: Marktbeherrschende Unternehmen dürfen und sollen am Wettbewerb teilnehmen, aber auf faire Art und Weise, um unverfälschten Wettbewerb im Markt zu gewährleisten.

Inhalt

- ☒ Home
- ☒ Editorial
- ☒ Arbeitsrecht
- ☒ Gesellschaftsrecht
- ☒ Banking & Finance
- ☒ Steuerrecht
- ☒ Gewerblicher
Rechtsschutz
- ☒ IT-Recht
- ☒ Health Care
- ☒ Immobilien, Planen
und Bauen
- ☒ Kartellrecht
- ☒ Kontakt
- ☒ Newsletter
abbestellen

Berlin

Hammonds LLP
Georgenstraße 22
D-10117 Berlin
Tel +49 30 726 16 8000
Fax +49 30 726 16 8001

München

Hammonds LLP
Karl-Scharnagl-Ring 7
D-80539 München
Tel +49 89 207 02 8300
Fax +49 89 207 02 8301

Aosta**

Via Festaz 66
I-11100 Aosta
Tel +39 165 235166
Fax +39 165 31719

Beijing*

Hammonds Beijing
Representative Office Hong Kong
Suite 1419-1420
South Tower
Beijing Kerry Centre
1 Guang Hua Road
Chao Yang District
Beijing 100020
Tel +86 10 8529 6330
Fax +86 10 8529 6116

Birmingham

Hammonds LLP
Rutland House
148 Edmund Street
Birmingham B3 2JR
Tel +44 121 222 3000
Fax +44 121 222 3001

Bologna**

Viale Panzacchi 25
40136 Bologna
Tel +39 51 644 8290
Fax +39 51 335 098

Brüssel

Hammonds LLP
Avenue Louise 250
Box 65
B-1050 Brüssel
Tel +32 2 627 7676
Fax +32 2 627 7686

Hongkong*

Hammonds
Room 1710, 17/F-Jardine House
1 Connaught Place
Central Hong Kong
Tel +852 2523 1819
Fax +852 2868 0069

Leeds

Hammonds LLP
2 Park Lane
Leeds LS3 1ES
Tel +44 113 284 7000
Fax +44 113 284 7001

London

Hammonds LLP
7 Devonshire Square
London EC2M 4YH
Tel +44 207 655 1000
Fax +44 207 655 1001

+ Repräsentanz * Joint Venture
• Assoziierte Büros

Madrid

Hammonds LLP
Plaza Marques de Salamanca 3-4
E-28006 Madrid
Tel +34 91 426 4840
Fax +34 91 435 9815

Mailand**

Piazza Castello 24
I-20121 Mailand
Tel +39 02 880721
Fax +39 02 72000689

Manchester

Hammonds LLP
Trinity Court
16 John Dalton Street
Manchester M60 8HS
Tel +44 161 830 5000
Fax +44 161 830 5001

Moskau*

Hammonds Zhigachov
Christophoroff
Shmitovskii Proezd 3-3
Moskau 123100
Tel +7 495 781 48 88
Fax +7 495 781 45 10

Paris*

Hammonds Hausmann
4 Avenue Velasquez
F-75008 Paris
Tel +33 1 53 83 74 00
Fax +33 1 53 83 74 01

Rom**

Via Ludovisi 16
I-00187 Rom
Tel +39 06 977 45 1
Fax +39 06 807 8804

St. Petersburg*

Hammonds Zhigachov
Christophoroff
4a Efimova
Suite 730

St. Petersburg

Tel +7 812 441 33 35/36
Fax +7 812 441 33 34

Turin**

Via Amedeo Avogadro 26
I-10121 Turin
Tel +39 11 5584111
Fax +39 11 5611206

Impressum:

Hammonds LLP
Koordination dieser Ausgabe:
Claudia Bonacker, Rechtsanwältin
Business Development &
Marketing Managerin
Georgenstraße 22
D-10117 Berlin
Tel +49 30 726 16 8000
Fax +49 30 726 16 8001
E-Mail: claudia.bonacker@hammonds.de

Dieser Newsletter wird von Hammonds LLP für Mandanten und andere Interessierte herausgegeben. Die hierin enthaltenen Beiträge sind nicht als rechtliche Beratung zu verstehen. Wenn Sie weitere Informationen zu den angesprochenen Themen wünschen, wenden sich Sie bitte an die jeweils benannten Ansprechpartner oder Ihren üblichen Kontakt bei Hammonds.

** Rossotto & Partners ist eine eigenständige und unabhängige Anwaltskanzlei, die mit Hammonds LLP und ihren verbundenen Unternehmen kooperiert.