

MELCHERS

LAW

17 | AUSGABE
JANUAR/FEBRUAR 2010

**DAS INFORMATIONSMEDIUM
VON MELCHERS FÜR MANDANTEN UND PARTNER**

**MIT BEITRÄGEN UNSERER BÜROS IN
HEIDELBERG, FRANKFURT AM MAIN UND BERLIN**

MELCHERS LAW: EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,



wer in der Bauwirtschaft erfolgreich sein will, muss auch in Zukunft ein „halber Jurist“ sein. Schon im Jahr 2009 mussten von den am Bauen Beteiligten etliche Gesetzesänderungen umgesetzt werden: Das Forderungssicherungsgesetz ist in Kraft getreten. Die damit verbundene Änderung des

Bauforderungssicherungsgesetzes hat in der Bauindustrie für größte Verunsicherung gesorgt und wurde vom Gesetzgeber hastig nachgebessert. Am 18.08.2009 wurde ferner die neue HOAI verkündet.

Das Vergaberecht ist ohnehin ständig im Fluss: Das jüngst in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts führte u.a. zu Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), wodurch z.B. die Rückpflichten für Bieter verschärft wurden.

Doch auch das Jahr 2010 wird Änderungen bringen: Das BauFoSiG wird nochmals reformiert. Unmittelbar bevor steht auch eine Änderung der VOB/A.

Über diese und andere Entwicklungen werden wir Sie mit unserer MELCHERS LAW auch im Jahr 2010 zuverlässig auf dem Laufenden halten.

Ein gutes neues Jahr 2010 wünscht Ihnen

Ihr Tobias Wellensiek
t.wellensiek@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

DATENSCHUTZRECHT

Datenschutz im Arbeitsrecht **02**

GESELLSCHAFTSRECHT

GmbH/AG: Risiken bei Einlagezahlungen auf ein in einen Cash Pool einbezogenes Konto **02**

Haftungsrisiko Sozialversicherungsbeiträge **03**

MIETRECHT

Mangel der Mietsache bei Austausch des Fußbodenbelags in der darüberliegenden Wohnung? **04**

STRAFRECHT

Strafbare Untreue wegen Kautionszahlung auf Girokonto? **05**

VERGABERECHT

Ausschreibungspflicht bei kommunalen Immobiliengeschäften: Ahlhorn-Rechtsprechung vor dem Ende? **06**

Sektorenverordnung – was ändert sich für Sektorauftraggeber? **07**

>> PERSÖNLICH **03**

>> PRAXISTIPP **05**

>> PRAXISREPORT **08**

MELCHERS LAW: DATENSCHUTZRECHT

Datenschutz im Arbeitsrecht

Am 01.09.2009 ist das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in Kraft getreten. Seitdem gilt auch die Neuregelung des § 32 BDSG für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Nachdem die Einführung eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes in nahezu jeder der letzten vier Legislaturperioden diskutiert und auf die jeweils folgende Legislaturperiode verschoben wurde, hat der Gesetzgeber nunmehr kurz vor Ablauf der letzten noch eine gesetzliche Regelung aufgenommen.

Erforderlichkeit

Danach ist die *Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten* (Datenverarbeitung) zulässig, wenn sie für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses „*erforderlich*“ ist. Dies ist der Fall, wenn die berechtigten Interessen des Unternehmers auf andere Weise nicht oder nicht angemessen gewahrt werden können. Damit entspricht die Regelung einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 1986. Die praktisch in allerhöchstem Maße relevante Frage der Zulässigkeit des Outsourcing von Personaldienstleistungen oder die Bildung internationaler Bewerberdatenbanken harret weiterhin einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

Anhaltspunkte für Straftaten

Nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten erhoben und verwendet werden, wenn *tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat* des Beschäftigten vorliegen, die vom Arbeitgeber zu *dokumentieren* sind. *Schutzwürdige Interessen des Beschäftigten*, der einer Straftat verdächtigt ist, dürfen dem nicht entgegenstehen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss gewahrt werden. § 28 Abs. 3 Nr. 2 BDSG a. F. hatte die Übermittlung und Nutzung von Daten für zulässig erklärt, soweit dies *erforderlich* war. Damit war zunächst auf jede Gewichtung verzichtet worden, sodass grundsätzlich die Übermittlung bei allen Straftaten zulässig war, sofern auch konkrete Anhaltspunkte vorlagen. Auch schon vor Einführung des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG galt allerdings das *Verbot des glä-*



sernen Mitarbeiters, welches auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gestützt wurde und ein routinemäßiges Ausspähen von Arbeitnehmern untersagte. § 32 Abs. 1 S.2 BDSG kodifiziert daher nur diese allgemeinen Grundsätze.

Werden Daten bei einem Nicht-Verdächtigten erhoben oder verwendet, so ist bereits nach § 28 Abs. 2 Nr. 2b BDSG eine *Abwägung* der schutzwürdigen Interessen des Betroffenen und der Interessen der datenverarbeitenden Stelle durchzuführen. Hierzu müssten seit jeher bei summarischer Abwägung ohne nähere Einzelfallprüfung ins Auge springende Umstände erkennbar sein, aus denen sich ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen gegen die Verarbeitung seiner Daten ergibt. Auch in dieser Hinsicht ergeben sich also keine neuen Regelungspunkte.

Präventionszwecke

Die Datenerhebung ausschließlich zu *Präventionszwecken* kann entweder auf § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG oder § 28 Abs. 2 Nr. 2 BDSG gestützt werden, die genaue Rechtsgrundlage ist derzeit nicht geklärt. Beide Vorschriften erlauben zunächst nur die *erforderliche Datenverarbeitung*. Bei § 28 Abs. 2 Nr. 2 BDSG kommt jedoch hinzu, dass kein Grund zu der Annahme bestehen darf, dass Betroffene *ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss* der Datenerhebung, Verarbeitung und Nutzung haben.

Fazit: Die formell revolutionäre Einführung des Arbeitnehmerdatenschutzes ist inhaltlich nur eine gesetzgeberische schriftliche Fixierung des ohnehin bisher geltenden Rechts. § 32 BDSG stellt keine abschließende Regelung dar. Ein separates Gesetz zum Datenschutz im Arbeitsrecht bleibt auch weiterhin notwendig, da § 32 BDSG viele Probleme in den Bereich der Gesetzesinterpretation verlagert hat oder gar

nicht erst lösen kann. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung diesen „Arbeitnehmerdatenschutz“ in der Praxis anwenden wird. <<

Dr. Dennis Voigt
d.voigt@melchers-law.com

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

GmbH/AG: Risiken bei Einlagezahlungen auf ein in einen Cash Pool einbezogenes Konto

In der Praxis von Konzernen sind sog. Cash Pools weit verbreitet, bei denen ein *konzernweites Liquiditätsmanagement* in der Weise erfolgt, dass alle Barmittel der Konzerngesellschaften auf einem Zentralkonto einer der Konzerngesellschaften, meist der Konzernobergesellschaft, gesammelt werden, über das der gesamte Zahlungsverkehr abgewickelt wird. Üblicherweise werden die Ein- und Auszahlungen buchungstäglich saldiert; rechtlich gesehen besteht bei einem positiven Saldo eine Darlehensforderung der am Cash-Pooling teilnehmenden Gesellschaft gegen die das Zentralkonto führende Obergesellschaft. Bei einem negativen Saldo besteht umgekehrt eine Darlehensforderung der Obergesellschaft.

Wird eine im Rahmen der *Gründung* einer GmbH oder einer *Kapitalerhöhung* zu erbringende *Bareinlage* in ein solches Cash-Pooling einbezogen, so stellt sich die Frage, ob die Einlage wirksam erbracht worden und der Gesellschafter somit von seiner Zahlungsverpflichtung frei gewor-

den ist. Sofern dies nicht der Fall ist, besteht insbesondere im Falle der Insolvenz der GmbH die Gefahr, dass der Insolvenzverwalter den Gesellschafter zur (erneuten) Leistung der Bareinlage auffordert. Zudem kommt eine Haftung oder sogar Strafbarkeit des Geschäftsführers in Betracht.

Das BGH-Urteil vom 20. Juli 2009

In dem Fall, welcher einem jüngst veröffentlichten Urteil des BGH (BGH v. 20.07.2009 – II ZR 273/07) zugrunde lag, hatte eine Gesellschaft im Rahmen der Gründung einer Tochter-GmbH zur Erfüllung ihrer Bareinlagenschuld Zahlungen an die Tochtergesellschaft geleistet. Aufgrund der zwischen den Gesellschaften bestehenden Cash-Pooling-Vereinbarung flossen die geleisteten Mittel kurz darauf an die Obergesellschaft zurück.

Der BGH stellte fest, dass eine Einlagenschuld nicht erfüllt worden ist, wenn eine als Einlage geleistete Zahlung im Wege der verdeckten Sacheinlage oder durch verbotenes Hin- und Herzahlen an den Gesellschafter zurückfließt. Dabei ist jeweils hinsichtlich der Rechtsfolgen zu unterscheiden, die *durch das MoMiG mit*

Rückwirkung neu gestaltet wurden.

Soweit der Saldo auf dem Zentralkonto zu Lasten der Gesellschaft im Zeitpunkt der Weiterleitung des Einlagebetrages *negativ* ist, fließt der Gesellschaft wirtschaftlich an Stelle einer Bareinlage eine Befreiung von einer Verbindlichkeit zu und liegt somit eine *verdeckte Sacheinlage* vor. Nach neuem GmbH-Recht kann u. U. die Befreiung von der Verbindlichkeit auf die Einlagenschuld angerechnet werden.

Soweit die Einlage dagegen auf ein Zentralkonto des Gesellschafters weitergeleitet wird, dessen Saldo *ausgeglichen oder zu Gunsten der Gesellschaft positiv* ist, liegt ein reines *Hin- und Herzahlen* vor. Die Weiterleitung auf das Zentralkonto begründet eine Darlehensforderung des Gesellschafters. Durch sie wird die Einlagenschuld nach neuem GmbH-Recht nur dann getilgt, wenn die Forderung *vollwertig und jederzeit fällig oder ohne weiteres fristlos kündbar* ist. Ferner muss das Hin- und Herzahlen bei der Anmeldung zum Handelsregister *offen gelegt* werden.

Im Falle der verdeckten Sacheinlage führen auch spätere Leistungen aus dem

Cash Pool an den Gesellschafter nicht zur Tilgung der Einlagenschuld. Lediglich im Falle des Hin- und Herzählens, in denen mit dem „her“ gezahlten Geld eine Darlehensschuld des Gesellschafters gegen die Gesellschaft begründet wurde, kann die spätere Rückzahlung Tilgungswirkung haben.

Fazit: Auch nach Inkrafttreten des MoMiG bleiben demnach Einlagezahlungen in einen Cash Pool mit Risiken behaftet. Tilgungswirkung kann ihnen zukommen, soweit der Saldo auf dem Zentralkonto im Zeitpunkt der Weiterleitung nicht negativ ist und die Rückzahlung offen gelegt wird. Im Hinblick auf *Altfälle* sollten Gesellschafter prüfen, ob ihre Einlageverpflichtung wirksam getilgt wurde, und ggf. aktiv werden; andernfalls drohen spätestens bei einer Insolvenz Nachforderungen. Für *Aktiengesellschaften* gilt nach Inkrafttreten des ARUG grundsätzlich das Gleiche. <<

Daniel Haese
d.haese@melchers-law.com

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Haftungsrisiko Sozialversicherungsbeiträge

Befindet sich ein Unternehmen in der Krise, so ist diese Situation für die verantwortlichen Geschäftsführer mit besonderen Haftungsgefahren verbunden. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Haftungszwickmühle

Nach § 266a StGB (i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB) macht sich ein Geschäftsführer einer GmbH strafbar und persönlich schadensersatzpflichtig, wenn er seiner Pflicht zur *Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung* nicht nachkommt. Andererseits ist dem Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) die Pflicht auferlegt, unverzüglich, längstens aber nach Ablauf von 3 Wochen Insolvenzantrag zu stellen. Während dieses Zeitraums sind Zahlungen an Dritte grundsätzlich verboten, um eine *Schmälerung der (Vermögens-) Masse*, die für die Gläubiger zur Verfügung steht, im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens zu *verhindern*. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Zahlung „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäfts-

MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

Christina Müller-York

MELCHERS Berlin

ist seit 2006 Rechtsanwältin in Berlin.



Frau Müller-York war vor Ihrer Tätigkeit als Rechtsanwältin im Justizariat der Industrie- und Handelskammer (IHK) Berlin sowie als deren Pressesprecherin tätig. Sie befasst sich heute

schwerpunktmäßig mit arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Als ausgebildete Wirtschaftsmediatorin gilt dabei ihr besonderes Interesse intelligenten Verhandlungsstrategien und nachhaltigen Konfliktlösungen. Frau Müller-York ist seit 01.01.2010 Geschäftsführerin bei der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK).

Frau Müller-York über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...

... mit dem übermütigen Lachen meiner Tochter und dem Feedback zufriedener Mandanten.

Am Anwaltsberuf reizt mich ...

... die Fähigkeit, meinen Mandanten den Rücken für ihre eigentlichen Aufgaben frei zu halten.

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ...

... muss immer auch ein leidenschaftlicher Zuhörer sein.

Erfolge feiere ich ...

... mit den Menschen, die dazu beigetragen haben.

Auf die Palme bringen mich ...

... unforced errors, nicht nur auf dem Tennisplatz.

Zur Zeit beschäftigt mich ...

... meine Dissertation und die gedankliche Vorbereitung auf meine neue berufliche Aufgabe. <<

mannes“ vereinbar ist, d.h. der Abwendung von schwerwiegenden Nachteilen dient und deshalb im Interesse der Gläubiger liegt (§ 64 GmbHG). Das ist für die Zahlung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung aber nicht anzunehmen, so dass auch insoweit eine Schadensersatzpflicht droht.

Lösung...

Seit kurzem hat der BGH (zuletzt NZG 2009, 32 ff.) diese persönliche **Haftungszwickmühle des Geschäftsführers aber beseitigt**. Es könne einem Geschäftsführer nicht auferlegt werden, sich einer Strafverfolgung auszusetzen, um einer anderen gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen. Führt er die **Arbeitnehmeranteile** zur Sozialversicherung während des Stadiums der Insolvenzreife der GmbH ab, so entspricht dies der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes im Sinne von § 64 GmbHG und begründet **keine Schadensersatzpflicht**. Diese Rechtfertigung entfällt allerdings rückwirkend, sofern der Geschäftsführer nicht rechtzeitig (spätestens nach Ablauf von 3 Wochen) Insolvenzantrag stellt.

... mit Einschränkungen

Wie ein kürzlich ergangenes weiteres Urteil des BGH zeigt, ist allerdings Vorsicht geboten (NZG 2009, 913 f). In jenem Fall hatte der Geschäftsführer die Sozialversicherungsbeiträge nach Eintritt der Insolvenzreife der GmbH vollständig abgeführt. Hier hat das Gericht nun entschieden, dass die **Arbeitgeberanteile** der geleisteten Beitragszahlungen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfolgt sind. Denn insoweit besteht keine Strafandrohung, § 266a StGB bezieht sich nur auf das Nichtabführen von Arbeitnehmerantei-

len. Folglich bestehe **keine Zwangslage für den Geschäftsführer**, die es rechtfertigte, die Schmälerung der Insolvenzmasse zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger hinzunehmen. Der Geschäftsführer wurde deshalb zur Leistung von Schadensersatz verurteilt.

Fazit: Um eine persönliche Haftung zu vermeiden, sollten während des Stadiums der Insolvenzreife die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung stets abgeführt werden, nicht jedoch die Arbeitgeberanteile. Hierfür ist es erforderlich, dass eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung gegenüber dem Sozialversicherungsträger erklärt wird. <<

Dr. Bodo Vinnen
b.vinnen@melchers-law.com

MELCHERS LAW: MIETRECHT

Mangel der Mietsache bei Austausch des Fußbodenbelags in der darüberliegenden Wohnung?

Der Bundesgerichtshof hatte sich jüngst mit folgendem Sachverhalt zu beschäftigen (Urteil vom 17.06.2009 – Az.: VIII ZR 131/08): Die Mieterin einer Eigentumswohnung in einem um das Jahr 1970 errichteten Gebäude hatte wegen Lärmbelästigung durch Trittschall die Miete gemindert. Zu einem erhöhten Trittschall war es gekommen, als der Eigentümer in der darüber gelegenen Wohnung den zuvor vorhandenen PVC-Belag durch Bodenfliesen ersetzt hatte. Der Vermieter hielt die Minderung für nicht berechtigt und verklagte die Mieterin auf Zahlung der rückständigen Beträge. Im folgenden Prozess stellte ein gerichtlicher Sachverständiger fest, dass zwar die Trittschallanforderungen der im Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden DIN (Fassung von 1962), nicht aber diejenigen der aktuell geltenden DIN (Fassung von 1989) eingehalten seien.

Entscheidung

Der BGH entschied, dass ein Mangel der Wohnung nicht gegeben sei. Es komme nur darauf an, dass die Mietsache den technischen Normen genüge, die zur **Zeit der Errichtung** der Wohnung gegolten

haben. Etwas anders könne nur gelten, wenn bei Anmietung der Trittschall explizit vertraglich geregelt worden wäre. Auch auf die Rechtsprechung des BGH (Az.: VIII ZR 355/03), wonach der Mieter bei „**baulichen Änderungen**“ durch seinen Vermieter erwarten darf, dass dabei die Lärmschutzanforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen eingehalten werden, kann sich die Beklagte im vorliegenden Fall nicht berufen. Die reine Veränderung des Bodenbelags stelle nämlich eine solche „bauliche Änderung“ noch nicht dar.

Bewertung

Der BGH stellt einmal mehr klar, dass es für einen Mangel der Mietsache auf die zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden DIN-Normen und nicht auf den Zeitpunkt der konkreten Baumaßnahme ankommt. Erst wenn diese Baumaßnahme eine „bauliche Änderung“ darstellt, hat der Mieter einen Anspruch auf Einhaltung der aktuell geltenden DIN-Normen. Eine solche „bauliche Änderung“ ist gegeben, wenn ein **wesentlicher Eingriff in die Gebäudesubstanz** gegeben ist. Dies hat der BGH u.a. angenommen, wenn das über der Mietwohnung gelegene Dachgeschoss zunächst nur als Abstellraum gedient hatte und während der Mietzeit von dem Vermieter erstmals als Wohnung ausgebaut worden ist. Sofern im vorliegenden Fall Veränderungen an dem Estrich und der Geschossdecke vorgenommen worden wären, hätte der BGH wohl anders zu entscheiden gehabt. Die Entscheidung dürfte auf Wohnraum- sowie auf Gewerbemietverhältnisse gleichermaßen anwendbar sein.

Fazit: Durch eine sorgfältige Vertragsgestaltung kann mögliches Streitpotential umgangen werden. Ein Vermieter sollte das Alter der Mietsache im Mietvertrag (zutreffend) angeben, so dass beide Parteien unschwer erkennen können, welcher Zeitpunkt für die Mangelbewertung zugrunde zu legen ist. Der Mieter, der hohen Wert auf Lärmschutz legt und ein relativ altes Mietobjekt anmieten will, sollte vertraglich regeln, dass die Lärmschutzanforderungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gelten. Vorsicht hat der Vermieter bei baulichen Änderungen walten zu lassen. Soweit ein wesentlicher Eingriff in die Gebäudesubstanz gegeben ist, sind ohne Weiteres die aktuellen DIN-Normen anwendbar. Eine vertragliche Regelung hierzu ist dem Vermieter daher zwingend zu empfehlen. <<

Stefan Illies
s.illies@melchers-law.com



MELCHERS LAW: PRAXISTIPP

Warnung vor Abzocke mit irreführenden Zahlungsaufforderungen bei Markenverlängerungen!

Die Schutzdauer einer eingetragenen Marke beginnt mit dem Anmeldetag (§ 33 Abs. 1 MarkenG) und endet 10 Jahre nach Ablauf des Monats, in den der Anmeldetag fällt (§ 47 Abs. 1 MarkenG). Die Schutzdauer und somit die Eintragung der Marke bei dem Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) kann um jeweils 10 Jahre verlängert werden (§ 47 Abs. 2 MarkenG).

Die *Verlängerung* wird dadurch bewirkt, dass eine *Verlängerungsgebühr* rechtzeitig vor Ablauf der Schutzdauer auf das Konto des DPMA gezahlt wird. Die Verlängerungsgebühr einschließlich der Klassengebühr bis zu drei Klassen beträgt derzeit EUR 750,00. Zusätzlich fällt eine Klassengebühr für jede Klasse ab der vierten Klasse in Höhe von derzeit EUR 260,00 an.

Diese Gebühren für die verlängerte Schutzperiode von 10 Jahren sind fällig am letzten Tag des Monats, in dem die bisherige Schutzdauer der Marke endet. Die Gebühren sind bis zum Ablauf des zweiten Monats nach Fälligkeit zu zah-

len. Danach kann die Verlängerung nur noch bewirkt werden, wenn die Gebühren mit einem Verspätungszuschlag von derzeit EUR 50,00 pro Gebühr bis zum Ablauf einer Frist von 6 Monaten nach Fälligkeit gezahlt werden.

Zusammengefasst heißt dies also, dass die Schutzdauer der Marke noch innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Ablauf der Schutzdauer verlängert werden kann. Die im Vergleich zu den Verlängerungsgebühren relativ geringen Verspätungszuschläge werden fällig, wenn die Verlängerungsgebühren nicht innerhalb einer Frist von 2 Monaten nach Ablauf der Schutzdauer an das DPMA gezahlt werden.

In aller Regel erhält der Inhaber der Marke oder dessen Bevollmächtigter nach Ablauf der Schutzdauer und rechtzeitig vor Ablauf der nachwirkenden 6-monatigen Zahlungsfrist eine Mitteilung des DPMA über den Ablauf der Schutzdauer einhergehend mit einer Information über die für die Verlängerung einzuzahlenden Gebühren.

Die Verlängerung der Schutzdauer einer eingetragenen Marke ist also unproblematisch. Gegebenenfalls wurde die Überwachung der Schutzdauer ohnehin dem Anwalt übertragen, der auch mit der Umsetzung der Eintragung der Marke befasst war.

Aktuell ist jedoch festzustellen, dass Unternehmen mit *behördenähnlichen Bezeichnungen* eine Verlängerung des Schutzrechtes anbieten. Geschäftspapier, Formulare, Rechnungen und Überweisungsträger dieser Unternehmen erwecken einen amtlichen Anschein. In amtlicher

Aufmachung wird mit einem Formular meist über 1 Jahr vor Ablauf der offiziellen Schutzdauer an die Verlängerungsmöglichkeit erinnert mit der Aufforderung, zur Durchführung der Verlängerung das Formular unterzeichnet zurück zu senden. Die in dem Formular aufgeführten Verlängerungsgebühren liegen dann aber weit über den vom DPMA erhobenen Gebühren (so verlangt ein unter der Bezeichnung „Nationales Markenregister AG“ firmierendes Unternehmen als Verlängerungsgebühr einschließlich der Klassengebühr bis zu drei Klassen EUR 1.490,00 statt der vom DPMA erhobenen EUR 750,00 und als Klassengebühr für jede Klasse ab der 4. Klasse EUR 490,00 statt der vom DPMA erhobenen EUR 260,00).

Aufgrund dieses Geschäftsgebarens hat sich das *Deutsche Patent- und Markenamt* veranlasst gesehen, auf seiner Homepage eine entsprechende Warnung zu veröffentlichen. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass folgende Unternehmen nicht vom Deutschen Patent- und Markenamt beauftragt sind:

- › DPMV – Deutsche Patent- und Markenverlängerung GmbH
- › DMVO – Deutsche Markenverlängerung GmbH
- › European Trademark organization S.A.
- › ECTO – GmbH
- › Nationales Markenregister AG

Wir wollten es nicht versäumen, diese Warnung an Sie weiterzugeben. <<

Gerhard Boß
g.boß@melchers-law.com

MELCHERS LAW: STRAFRECHT

Strafbare Untreue wegen Kautioneinzahlung auf Girokonto?

In ständiger Rechtsprechung betont der BGH immer wieder, dass sich der *Vermieter von Wohnraum* regelmäßig strafbar macht, wenn er die Mietkaution, welche vom Mieter zu leisten ist, nicht auf ein

gesondertes Konto einzahlt, sondern die Kautionsleistung auf ein bereits bestehendes *eigenes Konto* leistet.

Der BGH hat nunmehr klargestellt, dass dies im Falle *gewerblicher Miete* so *nicht sein muss*.

Sachverhalt

Der Angeklagte vereinnahmte als (faktischer) Geschäftsführer zweier GmbHs verschiedentlich Kauttionen, um diese sodann auf ein gesellschaftseigenes Konto zu leisten. Gemäß Absprache mit der Bank bestand zwischen den Konten der

Gesellschaften eine Kontokorrentabrede dergestalt, dass ein An- und Abgleich zwischen den Konten der Gesellschaften erfolgt. Durch die Verwendung der Kautionsleistungen können so auch Negativsalden bei einzelnen Konten verhindert werden. Als eine Gesellschaft insolvent wurde, konnten Kautionsrückzahlungsansprüche nicht mehr durch die Gläubiger (Mieter) realisiert werden.

Entscheidung

Das LG verurteilte den Geschäftsführer deshalb zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten nebst Berufs-

verbot. Der BGH hob diese Verurteilung wieder auf. Unter Rückgriff auf die Rechtsprechung bei den sog. Wohnraumfällen legte er dar, dass eine **gesetzliche Pflicht** zur gesonderten Anlage gemäß § 551 Abs. 3 BGB nur für Mietverhältnisse über Wohnraum bestünde. Diese Regelung gelte für gewerbliche Mietverhältnisse gerade nicht.

Eine **vertragliche Pflicht** zur Kautionsleistung und -anlage, welche dann auch strafrechtlich beachtliche Pflichten des Vermieters begründete, könnten die Parteien jedoch vertraglich vereinbaren. Allerdings seien an solche Vereinbarungen erhöhte Anforderungen zu stellen. So müsse nicht nur die Kautionsvereinbarung der gesonderten Anlage der Kautionsleistung so beschaffen sein, dass diese im Wesentlichen nur dem Schutz einer Partei dienen soll. Fehlen solche detaillierten Vereinbarungen, wird die beschriebene Verwendung einer Kautionsleistung vom BGH als bloßer Vertragsverstoß bewertet, der dann nur zivilrechtliche Folgen auslöst.

Außerdem erklärte der BGH, dass die bloße Einzahlung der Kautionsleistung auf ein gesellschaftsweises Konto noch keinen **Nachteil** i.S.v. § 266 StGB darstelle. Es müsse für den Mieter die hinreichend konkrete Gefahr eines Verlustes der Kautionsleistung feststehen. Der Tatrichter müsse diese Gefahr durch konkrete Anhaltspunkte belegen. Die Vermögensverhältnisse des Schuldners – also des Vermieters – zum Zeitpunkt der Einzahlung hätten insoweit herausragende Bedeutung. Dabei könne einer Kontokorrentvereinbarung indizielle Bedeutung zukommen. Werden die eingegangenen Gelder sofort zur Umbuchung verwendet, um Salden der vermietereigenen Konten auszugleichen, spreche dies für eine den Untreuenachteil (Schaden) begründende, hinreichend konkrete Vermögensgefährdung des Mieters.

Fazit: Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen. Der gewerbliche Mieter sollte wissen, was er tut. Will dieser eine besondere Sicherheit durch persönliche Verpflichtung des Vermieters bzw. dessen Vertreters erhalten, so muss dies ausgehandelt werden. Ein darüber hinausgehendes Schutzbedürfnis des Mieters ist nicht ersichtlich, insbesondere gesetzlich nicht angelegt. Durch vertragliche Gestaltung können beide Seiten ihre Geschicke selbst lenken oder durch gute anwaltliche Beratung lenken lassen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Vorinstanz den Vermieter zu einer empfindlichen – nicht mehr bewährungsfähigen, weil

über zwei Jahre lautenden – Strafe verurteilt hatte und seit Inkrafttreten des MoMiG nicht mehr Geschäftsführer sein kann, wer wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr verurteilt worden ist (vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 3 e GmbHG), sollte die Beratung schon vor Abschluss etwaiger Mietverträge ansetzen. <<

Florian Schmidt
f.schmidt@melchers-law.com

MELCHERS LAW: VERGABERECHT

Ausschreibungspflicht bei kommunalen Immobiliengeschäften: Ahlhorn-Rechtsprechung vor dem Ende?

Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof (EuGH), Paolo Mengozzi, hat im Rahmen seiner Schlussanträge vom 17.11.2009 in der Rechtssache C-451/08 (Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf – VII Verg 25/08) zu der Frage Stellung genommen, ob und unter welchen Voraussetzungen Immobiliengeschäfte der öffentlichen Hand, die der städtebaulichen Entwicklung in Kooperation mit privaten Dritten dienen, dem europäischen Vergaberecht unterfallen. Die Rechtsauffassung des Generalanwalts ist aus Sicht der Städte und Gemeinden sehr zu begrüßen.

Rückblick: Die Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf und nachfolgend die Oberlandesgerichte Karlsruhe und Bremen sowie verschiedene Vergabekammern haben im Rahmen mehrerer Entscheidungen eine für Städte und Gemeinden rechtlich wie tatsächlich sehr bedeutsame Weichenstellung vorgenommen. Danach sind Immobiliengeschäfte, bei denen die öffentliche Hand (kommunale) Grundstücke im Rahmen von städtebaulichen Investorenprojekten veräußert, dem europäischen Vergaberecht unterworfen, wenn der Kaufvertrag **eine Bau- bzw. Sanierungsverpflichtung** des Investors enthält. Die Ausschreibungspflicht gelte zudem bereits bei einer faktischen Bauverpflichtung des Käufers, die u. a. dann angenommen wird, wenn der

Grundstückskaufvertrag Rücktrittsrechte des Verkäufers im Falle der Nichtvornahme der Sanierungsmaßnahmen vorsieht oder der Kaufvertrag in der Präambel oder in einer Anlage Beschreibungen des geplanten Vorhabens enthält.

Vergaberechtsreform

Die Ahlhorn-Rechtsprechung ist unter erheblichen Beschuss der kommunalen Interessenvertretungen und der Politik geraten. Städte und Kommunen sahen sich durch das förmliche EU-Vergaberecht in der Umsetzung ihrer städtebaulichen Ziele und Projekte gehindert, zumal die ohne Beachtung des Vergaberechts geschlossenen Altverträge (de-facto-Vergaben) nach der Ahlhorn-Rechtsprechung unwirksam waren. Der **Gesetzgeber** ist deshalb **tätig geworden** und hat mit Wirkung vom 24.04.2009 in § 99 Abs. 3 GWB klargestellt, dass Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand als Bauverträge nur ausschreibungspflichtig sind, wenn die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt. Die **Europarechtskonformität** der Neuregelungen **steht im Streit**. Bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes hatte nämlich das OLG Düsseldorf mit Vorlagebeschluss vom 02.10.2008 dem Europäischen Gerichtshof eine Reihe von Fragen vorgelegt, die letztlich auf die Überprüfung der Vereinbarkeit der neuen Gesetzesregelung mit den Anforderungen der europarechtlichen Vergaberichtlinien hinauslaufen.

Schlussanträge des Generalanwalts

Der Generalanwalt tritt – überraschend – der Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf entgegen. Nach Ansicht des Generalanwalts setzt das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages eine unmittelbare Verbindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten voraus. Diese unmittelbare Verbindung könne darin bestehen, dass das Bauwerk von der öffentlichen Verwaltung erworben werden soll, ihr unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt oder darin, dass die Initiative für die Rea-



lisierung beim öffentlichen Auftraggeber liegt und dieser zumindest teilweise deren Kosten trägt. Allein die Verfolgung von städtebaulichen Zielen macht den Grundstückskaufvertrag jedoch nicht nach EU-Vergaberecht ausschreibungspflichtig.

Fazit: Die Schlussanträge des Generalanwalts beenden nicht die Diskussion. Nicht immer folgt der EuGH dem Petitum des Generalanwalts. Einstweilen wird die Praxis im Hinblick auf die noch ausstehende Entscheidung des EuGH vorsorglich der Ahlhorn-Rechtsprechung folgen müssen, zumal die EU-Kommission eine von der Position des Generalanwalts abweichende Linie vertritt. Die Entscheidung des EuGH wird für Mitte 2010 erwartet. <<

Andreas Pauli
a.pauli@melchers-law.com

MELCHERS LAW: VERGABERECHT

Sektorenverordnung – was ändert sich für Sektorauftraggeber?

Am 29.09.2009 ist die Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (SektVO) in Kraft getreten. Nachfolgend sollen die damit einhergehenden wesentlichen Änderungen zur bisherigen Rechtslage aufgezeigt werden:

Abschaffung der Vergabeverordnung im Sektorenbereich sowie des 3. und 4. Abschnitts der VOB/A und der VOL/A

Das seit Anbeginn umstrittene Kaskadenprinzip des deutschen Vergaberechts wird mit der SektVO erstmalig durchbrochen. Im Sektorenbereich gelten künftig nur noch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die SektVO.

Weitgehende Aufgabe der Ungleichbehandlung von staatsnahen und privaten Sektorauftraggebern

Die SektVO gilt für alle Sektorauftraggeber. Sie enthält nur noch in wenigen Punkten unterschiedliche Regelungen für sog. staatsnahe im Vergleich zu privaten Sektorauftraggebern.

SektVO gilt für alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge

Neu ist, dass die SektVO auch für freiberufliche Dienstleistungen im Sektorenbereich



reich gilt. Mit dieser Bestimmung wurde eine bisherige Regelungslücke geschlossen. Keine Anwendung findet die SektVO auf Bau- und Dienstleistungskonzessionen.

Freie Wahl der Verfahrensart

Neuerdings können sämtliche Sektorauftraggeber zwischen offenem Verfahren, nichtoffenem Verfahren und Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung frei wählen. Dies war bislang nur den privaten Sektorauftraggebern vorbehalten. Ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

Einführung dynamischer elektronischer Verfahren

Zur Beschaffung von marktüblichen Leistungen können Sektorauftraggeber dynamische elektronische Verfahren durchführen. Die SektVO regelt die diesbezügliche Vorgehensweise detailliert.

Nachfristsetzung bei fehlenden Erklärungen und Nachweisen

Der Auftraggeber kann eine Nachfrist zur Nachreichung von fehlenden Erklärungen und Nachweisen setzen.

Schätzung des Auftragswertes, Schwellenwerte, Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote

Zur Schätzung der Auftragswerte und zu den Schwellenwerten enthält die SektVO nunmehr eigenständige Regelungen. Auch Sektorauftraggeber sind nun verpflichtet, ungewöhnlich niedrige Angebote auszuschließen.

Drittlandsklausel

Normiert wurde ausdrücklich, dass Lieferaufträge, bei denen der Warenanteil zu mehr als 50% des Gesamtwertes aus

Ländern stammt, die nicht Vertragsparteien des EWR sind und mit denen auch keine sonstigen Vereinbarungen über gegenseitigen Marktzugang bestehen, zurückgewiesen werden können.

Verfahrensaufhebung bzw. -einstellung

Bestehen sachliche und willkürfreie Gründe, können Vergabeverfahren aufgehoben oder im Falle des Verhandlungsverfahrens eingestellt werden.

Dokumentationspflicht

Sachdienliche Unterlagen über jede Auftragsvergabe sind zeitnah zu erstellen und für mindestens vier Jahre ab Auftragsvergabe aufzubewahren. Wesentliche Entscheidungen im Verfahren sind nachvollziehbar zu dokumentieren.

Fazit: Die Durchbrechung des Kaskadensystems sowie die Anordnung der einheitlichen Geltung der SektVO für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen führen zu einer vereinfachten Rechtsanwendung. Allerdings fehlen Regelungen zur Projektantenproblematik und zu ausgeschlossenen Personen, wie sie in der VgV geregelt waren. Diese Problemstellungen sind nun nach § 97 Abs. 2 GWB zu lösen. Auch enthält die SektVO keine rechtlichen Vorgaben für die Zuschlags- und Bindefrist, die Kostenerstattung und die Nutzung von Unterlagen, für Form und Inhalt der Angebote, den Eröffnungstermin, die Prüfung der Angebote und die Angebotsaufklärung. Der hier bestehende Freiraum der Auftraggeber für selbst gestaltete Bewerbungsbedingungen ist unter Berücksichtigung des Wettbewerbs- und des Transparenzgebots sowie des Diskriminierungsverbots auszufüllen. Die SektVO gilt für ab dem 29.09.2009 begonnene Vergabeverfahren. <<

Dr. Ilona Renke
i.renke@melchers-law.com

MELCHERS LAW: PRAXISREPORT

Betriebliche Exportkontrolle-Seminar mit AmCham Germany

Zusammen mit unserem langjährigen Kooperationspartner, der American Chamber of Commerce Germany (AmCham), hat MELCHERS am 21. Oktober 2009 ein Seminar zum Thema „Compliance in der Exportkontrolle“ veranstaltet. Neben Herrn Rechtsanwalt Dr. Vinnen konnten wir als Referenten Herrn RDir. Holger Beutel, Referatsleiter im Bereich Aus-

fuhrverfahren bei dem für Exportkontrolle zuständigen *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)* gewinnen. Die Referenten haben einen Überblick über die geänderte Rechtslage nach Inkrafttreten der neu gefaßten EG-Dual-Use-Verordnung und die sich hieraus ergebenden Auswirkungen auf das erforderliche exportkontrollrechtliche Organisationsystem im Unternehmen gegeben. <<

Dr. Bodo Vinnen (links),
RDir. Holger Beutel



MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

Nähere Informationen zu den Autoren finden Sie im Internet unter www.melchers-law.com.

**GERHARD BOSS**

ist unter anderem auf dem Gebiet des Markenrechts tätig. Er verfügt über langjährige Erfahrungen als Berater von Werbeagenturen.

**DANIEL HAESE**

ist Rechtsanwalt und Master of Business Law & Taxation. Er berät in- und ausländische Mandanten insbesondere im Gesellschafts-, Handels- und Vertragsrecht.

**STEFAN ILLIES**

berät Wirtschaftsunternehmen und private Investoren unter anderem im privaten Bau- und Architektenrecht sowie dem privaten und gewerblichen Mietrecht.

**ANDREAS PAULI**

berät im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht sowie insbesondere im Anlagenbaurecht.

**DR. ILONA RENKE**

berät Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Auftraggeber im EU-Vergaberecht sowie im Wirtschaftsverwaltungsrecht. Sie hält Seminare zu vergaberechtlichen Themen und ist Lehrbeauftragte an der Universität Heidelberg.

**FLORIAN SCHMIDT**

berät mittelständische Unternehmen in Compliance-Fragen und wirtschaftsstrafrechtlichen Fragestellungen. Ferner ist er Strafverteidiger in wirtschafts- und steuerstrafrechtlichen Ermittlungs- und Gerichtsverfahren.

**DR. BODO VINNEN**

berät seit vielen Jahren Unternehmen aus dem In- und Ausland im Gesellschaftsrecht, Handelsrecht sowie Bank- und Kapitalmarktrecht. Häufig begleitet er dabei auch grenzüberschreitende Projekte.

**DR. DENNIS VOIGT**

berät schwerpunktmäßig im Handels- und Gesellschaftsrecht sowie im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht. Zu seinen in- und ausländischen Mandanten zählen insbesondere Werbeagenturen.

MELCHERS LAW: IMPRESSUM

HERAUSGEBER

MELCHERS Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater · Notar

CHEFREDAKTION

Dr. Andreas Masuch
a.masuch@melchers-law.com

KONZEPTION UND GESTALTUNG

www.fischerziegler.com

ERSCHEINUNGSWEISE

6 Ausgaben pro Jahr

NACHBESTELLUNGEN

newsletter@melchers-law.com

STANDORTE UND KONTAKT**HEIDELBERG**

Im Breitspiel 21
69126 Heidelberg, Deutschland
T +49-(0)6221-1850-0
F +49-(0)6221-1850-100
E heidelberg@melchers-law.com

BERLIN

Fasanenstraße 85
10623 Berlin, Deutschland
T +49-(0)30-3 1013 99-0
F +49-(0)30-3 1013 99-10
E berlin@melchers-law.com

FRANKFURT AM MAIN

Darmstädter Landstraße 108
60598 Frankfurt/Main, Deutschland
T +49-(0)69-65 30 00 60
F +49-(0)69-65 30 00 640
E frankfurt@melchers-law.com

www.melchers-law.com