

# MELCHERS

## LAW

**11** | AUSGABE  
JANUAR/FEBRUAR 2009

**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,

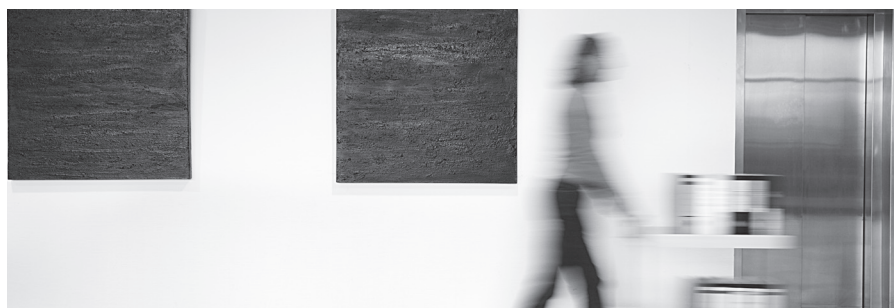


wir hoffen, Sie hatten einen guten Start in das Jahr 2009 und wünschen Ihnen für den Verlauf des Jahres alles Gute! Für den Bereich des Steuerstrafrechts zeigt ein Rückblick auf das vergangene Jahr, dass man gespannt sein darf, was das neue Jahr bringt. Noch gut in Erinnerung sind uns die Bilder der Hausdurchsuchung beim ehemaligen

Postchef Zumwinkel, welche im Frühjahr 2008 durch die Medien gingen. Die öffentlich gemachte Hausdurchsuchung wurde zur Initialisierung der sogenannten „Liechtensteiner Steueraffäre“, welche das Steuerstrafrecht im letzten Jahr geprägt hat. Der Gesetzgeber reagierte im Jahressteuergesetz 2009, indem er die Verfolgungsverjährungsfristen für zum Zeitpunkt der Verkündung des Gesetzes noch nicht verjährte Steuerstraftaten auf zehn Jahre verlängerte. Im Dezember 2008 trat dann auch noch der Bundesgerichtshof auf den Plan und legte in einem Grundsatzurteil neue „Tarife“ für Steuerstraftäter fest, welche sich an der Hinterziehungssumme orientieren.

Selbstverständlich werden wir die weiteren Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung verfolgen und Sie in gewohnter Form über unsere MELCHERS LAW informieren. Viel Vergnügen bei der Lektüre der aktuellen Ausgabe wünscht Ihnen

Ihr Dr. Norbert Stegemann  
n.stegemann@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

#### ARBEITSRECHT

Aktuelles Thema: Kurzarbeit

2

#### BAURECHT

Großbauprojekte im Ausland

2

#### INSOLVENZRECHT

Überschuldung neu geregelt!

3

#### URHEBERRECHT

Handel mit gebrauchter Software rechtmäßig?

4

BGH bestimmt Kriterien für die Zulässigkeit des Tonträger-Sampling

5

#### GESELLSCHAFTSRECHT

Ausschluss von Mitgesellschaftern

5

#### MIETRECHT

Unwirksamkeit starrer Schönheitsreparaturfristen in Gewerberaummietverträgen

6

#### VERTRAGSGESTALTUNG

Verträge auf Englisch: Die Fehler, die Deutsche immer machen

7

#### >> PERSÖNLICH

4

#### >> PRAXISREPORT

6

#### >> FACHPUBLIKATIONEN

8

## MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

## Aktuelles Thema: Kurzarbeit

Kurzarbeit ist ein Instrument für Unternehmen, in schwierigen Wirtschaftslagen betriebsbedingte Entlassungen zu vermeiden. Um diese Möglichkeit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber attraktiver zu gestalten, hat die Bundesregierung vor kurzem die Verlängerung der Förderdauer ab dem 01.01.2009 auf 18 Monate beschlossen.

Die arbeitsrechtliche Einführung sowie die gesetzliche Förderung (§§ 169 ff. SGB III) von Kurzarbeit sind sowohl rechtlich als auch tatsächlich an gewisse Voraussetzungen geknüpft, die nachfolgend kurz skizziert werden sollen:

### Arbeitsrechtliche Grundlagen

Die einseitige Anordnung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechtes ist nicht möglich. Da der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich einen Anspruch auf Beschäftigung hat, bedarf der Arbeitgeber für die Einführung der Kurzarbeit einer *besonderen Rechtsgrundlage*. Diese kann enthalten sein in

- » einem Gesetz (z.B. § 19 KSchG);
- » einem Tarifvertrag;
- » einer Betriebsvereinbarung;
- » einem Arbeitsvertrag.

Im Regelfall existieren *tarifliche Ermächtigungsnormen*, die unter bestimmten näher definierten Voraussetzungen die Einführung von Kurzarbeit ermöglichen. Bestehen keine kollektivvertraglichen Regelungen kann auch eine einzelvertragliche Vereinbarung den Arbeitgeber zur Einführung von Kurzarbeit berechtigen. Derartige einzelvertragliche Regelungen können entweder aus konkretem Anlass oder bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages getroffen werden.

Fehlt es an einer besonderen Rechtsgrundlage, kann der Arbeitgeber vergütungsfreie Kurzarbeit und Feierschichten *nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers* einführen. Wird diese nicht erteilt, bleibt nur die Möglichkeit der Änderungskündigung.

Hat sich der Arbeitgeber, gestützt auf eine entsprechende Rechtsgrundlage, zur Durchführung der Kurzarbeit entschlossen, so kann er diese gleichwohl

nicht einseitig anordnen. Er bedarf hierzu vielmehr der *Mitbestimmung des Betriebsrats*, der gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG unter anderem bei der Anordnung von Kurzarbeit ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht hat.

Im Übrigen wird die Anordnung von Kurzarbeit dem Arbeitnehmer grundsätzlich nur dann zumutbar sein, wenn auch die nach dem SGB III geforderten Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld vorliegen.

### Förderung durch die Agentur für Arbeit

Die Agenturen für Arbeit gewähren Kurzarbeitergeld, wenn

- » *ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall* vorliegt, d.h. der Arbeitsausfall auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, vorübergehend und nicht vermeidbar ist und im jeweiligen Kalendermonat mindestens ein Drittel der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10% des monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist,
- » die *betrieblichen* und *persönlichen* Voraussetzungen erfüllt sind, d.h. mindestens ein Arbeitnehmer in einem Betrieb oder in einer Betriebsabteilung beschäftigt wird und der Arbeitnehmer nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzt oder aufnimmt, das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt oder durch Aufhebungsvertrag aufgelöst worden ist und der Arbeitnehmer nicht vom Kurzarbeitergeldbezug ausgeschlossen ist
- » und der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit *angezeigt* wurde (§ 169 SGB III).

Nach Anzeige des Arbeitsausfalls gegenüber der örtlichen Arbeitsagentur zahlt der Arbeitgeber das Kurzarbeitergeld an die betroffenen Beschäftigten in Höhe von 60 beziehungsweise 67 Prozent (für Arbeitnehmer mit mindestens einem Kind) des Nettoausfalls aus. Das Kurzarbeitergeld wird dem Arbeitgeber auf Antrag von der örtlichen Arbeitsagentur erstattet. Kurzarbeitergeld ist grundsätzlich auf sechs Monate befristet. Es kann jedoch durch Rechtsverordnung des Bundesarbeitsministers bis auf 24 Monate ausgedehnt werden. Das Bundeskabinett hat jüngst die Verlängerung des Kurzarbeitergeldes auf 18 Monate ab dem 01.01.2009 beschlossen. Die Verlänge-

rung ist auf ein Jahr befristet und gilt für alle Arbeitnehmer, die einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.12.2009 haben.

**Fazit:** Gerade in konjunkturell schwierigen Zeiten kann die Einführung von Kurzarbeit ein geeignetes Mittel sein, um betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden und dem hierdurch drohenden Verlust von betrieblichem Know-how entgegenzutreten. <<

Dr. Matthias Paschke  
m.paschke@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: BAURECHT

## Großbauprojekte im Ausland

Wer als deutscher Bauunternehmer Großbauprojekte im Ausland ausführt, wird meist auf eine im Vergleich zum deutschen Bauvertragsrecht wesentlich verschiedene vertragliche Gestaltung und Rechtslage treffen. Die wohl wichtigsten weltweit verwendeten Vertragsmuster stellen hierbei die sog. FIDIC-Verträge dar, welche auf internationaler Ebene eine ähnliche Bedeutung wie die VOB/B haben. Die *FIDIC-Verträge* werden von der Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils in Genf herausgegeben.

### Engineer

Die FIDIC-Verträge arbeiten mit einem sog. *Engineer*. Dieser wird durch den Auftraggeber beauftragt und bezahlt. Er begleitet das Bauvorhaben in technischer Hinsicht (u.a. als Bauüberwacher und Bauleiter) von Beginn an. Dem Engineer sind umfangreiche Kompetenzen übertragen, die Streitigkeiten während der Bauausführung vermeiden bzw. schnellstmöglich lösen sollen. Zum einen ist er für die Auslegung und das Verständnis der vertraglichen Vereinbarungen zuständig. Zum anderen hat er die Befugnis den Vertragsparteien Anordnungen und Weisungen zu geben, um die von ihm ermittelten vertraglichen Leistungspflichten umzusetzen. So wird bspw. ohne eine vom Engineer erteilte Zahlungsbescheinigung der Auftraggeber nicht zur Zahlung des Werklohns verpflichtet. Gewährt der Engineer dem Auftragnehmer keine Zeitverlängerung, so haftet dieser auf Vertragsstrafe wegen Bauzeitüberschreitung oder Verzugschaden. Diese Haftung endet erst



mit einem vom Engineer erteilten „Taking-Over-Certificate“.

Die Verbindlichkeit der Entscheidungen des Engineers wird meist im Bauvertrag konkret geregelt sein. Grundsätzlich haben diese Entscheidungen allerdings keinen endgültig bindenden Charakter. Insbesondere angloamerikanische Gerichte neigen aber dazu, die Entscheidungen des Engineers aufrechtzuerhalten, wenn diese plausibel und fair erscheinen.

#### Dispute Adjudication Board

Kommt es zwischen den Vertragsparteien dennoch zum Streit – bspw. über Entscheidungen des Engineers – so sehen die FIDIC-Verträge die Anrufung eines eigens eingerichteten und für den Streitfall bereitstehenden *Dispute Adjudication Board* (DAB) vor. Der Rechtscharakter des DAB ist nach deutschem Recht schwer einzuordnen. Man wird das DAB nach nationalen Grundsätzen als „Quasi-Schiedsgericht“ bezeichnen können. Das DAB kann Entscheidungen und Bescheinigungen des Engineers revidieren. Es ist bei seiner Entscheidungsfindung an vertraglich festgelegte Verfahrensregeln gebunden. Seine Entscheidung ist nicht endgültig, sondern vielmehr gerichtlich voll überprüfbar. Bis zu einer solchen gerichtlichen Korrektur ist der DAB-Spruch zumindest vorläufig bindend und vollstreckbar. Die Praxis hat aber gezeigt, dass die Gerichte die vorläufig bindenden Entscheidungen des DAB nicht in Zweifel ziehen. Nur wenn eindeutige Verstöße gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens vorliegen (bspw. Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs) werden die Entscheidungen des DAB durch die Gerichte aufgehoben.

**Fazit:** Die Unterschiede zwischen der nationalen und der internationalen Vertragsgestaltung von Bauverträgen sind – wie die vorbenannten FIDIC-Verträge zeigen – erheblich. Ein Bauunternehmer, der gerade in den europäischen Nachbarländern Bauvorhaben ausführt, sollte daher nicht das deutsche Bauvertragsrecht als Maßstab ansetzen. <<

Stefan Illies  
s.illies@melchers-law.com

#### MELCHERS LAW: INSOLVENZRECHT

## Überschuldung neu geregelt!

Mit dem Gesetz zur Umsetzung eines *Maßnahmenpaketes zur Stabilisierung des Finanzmarktes* (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG – Gesetz vom 17.10.2008, BGBl. I S. 1982; abgedruckt mit Begründung in ZIP 2008, 2040) wurde die insolvenzrechtliche Überschuldung *entscheidend geändert*.

#### Bisherige Regelung

§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO lautete *bislang*: „Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.“

#### Neuregelung

Die Vorschrift wurde nun *für die Zeit bis zum 31.12.2010* um einen Halbsatz ergänzt und lautet *jetzt*:

„Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

#### Bewertung

Nach der Neuregelung schließt bei materieller Überschuldung des Unternehmens eine positive Fortführungsprognose die Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO aus. Die Neuregelung zielt auf eine Unterscheidung fortführungsfähiger und fortführungsunfähiger Unternehmen ab und bezweckt, dass die in der Finanzkrise entstandenen erheblichen Wertverluste in Aktien- und Immobilienbeständen die Unternehmen nicht in eine insolvenzrechtliche Überschuldung und damit in die Insolvenz führen, wenn sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin erfolgreich am Markt operieren können.

Die Änderung ist ohne Übergangsregelung am 18.10.2008 in Kraft getreten und gilt für alle Unternehmen und Personen, so dass sie für alle noch nicht entschiedenen Fälle gilt, in denen die Überschuldung eine Rolle spielt, da die Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich ist (Eckert/Happe, ZInsO 2008, 1098).

Von einer insolvenzrechtlichen Überschuldung ist deshalb nur noch auszugehen, wenn die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht bzw. ausgereicht hat (Überlebens- oder Fortbestehensprognose; vgl. BGHZ 119, 201; Karsten Schmidt, DB 2008, 2470). Die Prognose ist grundsätzlich durch ein professionelles und objektivierbares, aussagekräftiges und sorgfältig dokumentiertes Unternehmenskonzept (sog. Ertrags- und Finanzplan) zu erstellen (BGH v. 9.10.2006 – II ZR 303/05, ZInsO 2007, 36; OLG Naumburg v. 20.8.2003 – 5 U 67/03, GmbHR 2004, 361).

**Fazit:** Obwohl die Finanzmarktkrise auch eine Liquiditätskrise der Unternehmen zur Folge hat, wurde nur der Überschuldungstatbestand modifiziert. Aus insolvenzrechtlicher Sicht wäre eine Modifizierung des Tatbestands der Zahlungsunfähigkeit mindestens genauso wichtig gewesen, nachdem diese nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 163, 134) in der Regel bereits eintritt, wenn die fälligen Verbindlichkeiten nicht bedient werden können. Für die Beschaffung von Krediten und damit der Erledigung einer Liquiditätskrise lässt der BGH gerade mal eine Frist von 3 Wochen – in der heutigen Zeit eine Illusion. Der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit wird deshalb weiterhin der häufigste Grund für einen Insolvenzantrag bleiben.

<<

Dr. Dieter Thümmesen  
d.thuenessen@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: URHEBERRECHT

## Handel mit gebrauchter Software rechtmäßig?

Software kann ohne Qualitätseinbußen unbegrenzt vervielfältigt werden. Vor diesem Hintergrund haben sich Geschäftsmodelle entwickelt, die auf einem Handel mit „gebrauchter“ Software bzw. „gebrauchten“ Softwarelizenzen basieren. Sowohl das LG Hamburg als auch das LG München hatten bereits über die Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen zu entscheiden. Beiden Urteilen lag ein ähnlicher Sachverhalt zu Grunde. Ein Unternehmen hatte von anderen Unternehmen bzw. dem Software-Hersteller sogenannte Volumenlizenzen erworben. Diese Volumenlizenzen veräußerte der Käufer an Dritte weiter. Die Softwarelieferung erfolgte mittels einer Master-CD, von der Kopien bis zu der Anzahl erstellt wurden, in der auch Lizenzen erworben wurden. Alternativ konnte die Software von der Website des Anbieters heruntergeladen werden.

### LG Hamburg: Weiterveräußerung zulässig

Das LG Hamburg (29.06.2006, Az.: 315 O 343/06) kam in einer wettbewerbsrechtlichen Angelegenheit zu dem Schluss, dass trotz der ausdrücklichen Untersagung der Zulässigkeit der Abtretung einzelner Lizenzen in den Lizenzbedingungen davon auszugehen sei, dass die Lizenzen wirksam an Dritte übertragen werden konnten. Das LG Hamburg gelangte zu dem Schluss, dass in AGB des Software-Herstellers enthaltene *Weiterveräußerungsverbote gegen AGB-Recht verstießen* und daher unwirksam seien. Darüber hinaus gelte der *Erschöpfungsgrundsatz*. Dieser im Urheberrecht geltende Grundsatz besagt, dass der Verkäufer eines Vervielfältigungsstückes eines Computerprogramms die weitere Verbreitung dieses Vervielfältigungsstückes nicht untersagen kann, wenn das Vervielfältigungsstück mit seiner Zustimmung in den Verkehr innerhalb des EWG gebracht wurde. Daher können Software-Hersteller den Weiterverkauf von auf CD-ROM enthaltener Software grundsätzlich nicht untersagen. Da der Wortlaut des Erschöpfungsgrundsatzes aber ausdrücklich auf die verkörperte Fassung von Software bezogen ist, ist der Erschöpfungsgrundsatz bei

einem Download über das Internet bzw. bei dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt analog anzuwenden und die weitere Verbreitung der Lizenzen zulässig.

### Bestätigt durch 30. Kammer LG München?

Die 30. Kammer des LG München (28.11.2007, Az.: 30 O 8684/07) schließt sich der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf Nutzungsrechte ausdrücklich an. Allerdings betont die Kammer, dass in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht dargelegt wurde, dass die Lizenzbedingungen des Nutzungsrechtes einen Ausschluss der Übertragung des Nutzungsrechtes enthielten. Vor diesem Hintergrund dürfte die Aussage des LG Münchens nur eingeschränkt als Zustimmung zur Entscheidung des LG Hamburgs zu werten sein.

### Klarstellung durch 7. Kammer LG München

Vor dem Hintergrund der nunmehr durch das OLG München (3.7.2008, Az.: 6 U 2759/07) bestätigten Entscheidung der 7. Zivilkammer des LG München (15.03.2007, Az.: 7 O 7061/06) dürfte die Entscheidung der 30. Kammer auch noch anders zu lesen sein. Die 7. Kammer stellte zunächst klar, dass eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes ausscheidet. Darüber hinaus war in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt lediglich ein einfaches Nutzungsrecht dem Erstkäufer eingeräumt worden bei gleichzeitigem Ausschluss der Übertragbarkeit. Die 30. Kammer ging davon aus, dass der Ausschluss der Übertragbarkeit – jedenfalls wohl im unternehmerischen Geschäftsverkehr – wirksam sei und den Inhalt der Lizenz definiere. Es sei daher

## MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

## Martin Koller-van Delden

MELCHERS Heidelberg

**Martin Koller-van Delden, LL.M. (Exeter), Maître en Droit (Strasbourg), ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht. Er ist seit 2002 bei MELCHERS tätig und Gesellschafter der Sozietät.**



Herr Koller-van Delden berät Unternehmen sowie Geschäftsführer und Vorstände im gesamten Bereich des Arbeits- und Dienstvertragsrechts. Sein Tätigkeitsspektrum reicht von

der Vertragsgestaltung und Kündigung bis hin zu umfassenden Restrukturierungen und der arbeitsrechtlichen Begleitung von M&As. Einen weiteren Schwerpunkt bildet das nationale und internationale Handels- und Vertragsrecht. Herr Koller-van Delden ist regelmäßig Autor von Fachbeiträgen und Lehrbeauftragter der FH Heidelberg. Als Referent leitete er zuletzt ein Intensivseminar „Verträge auf Englisch“ für das Institut der Mittelständischen Wirtschaft.

Ein guter Arbeitstag beginnt ...

... mit einem freundlichen Wort und einer guten Idee.

Am Anwaltsberuf reizt mich ...

..., dass er so vielfältig ist wie das Leben.

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

... braucht Scharfsinnigkeit und Humor.

Erfolge feiere ich ...

... gerne!

Es bringt mich auf die Palme ...

... so schnell nichts.

Zur Zeit beschäftigt mich ...

... die Beratung eines Tarifverbandswechsels und die Umsetzung eines Deutsch-Chinesischen Joint-Ventures. <<

unzulässig, einfache Nutzungsrechte an Software weiter an Dritte zu übertragen.

**Fazit:** Gegen die Entscheidung des OLG München ist dem Vernehmen nach Nicht-Zulassungsbeschwerde vor dem BGH erhoben worden. Es ist damit noch nicht rechtskräftig. Aufgrund der immensen wirtschaftlichen Bedeutung der Entstehung eines Sekundärmarktes für Software scheint es nicht ausgeschlossen, dass der BGH die vorliegenden Rechtsfragen zur Entscheidung annimmt. Für die Praxis bedeutet dies jedoch zum gegenwärtigen Zeitpunkt, dass Software grundsätzlich mittels eines Online-Abrufes zu liefern ist und in den Lizenzbedingungen lediglich einfache, nicht übertragbare Nutzungsrechte begründet werden sollten. <<

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

#### MELCHERS LAW: URHEBERRECHT

## BGH bestimmt Kriterien für die Zulässigkeit des Tonträger-Sampling

Der BGH hat in einem Urteil vom 20.11.2008 (I ZR 112/06) die urheberrechtlichen Aspekte beim elektronischen Kopieren („sampling“) von Teilen eines fremden Tonträgers näher beleuchtet. In diesem Zusammenhang hat der BGH **Kriterien** aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen ein solches sampling zulässig ist.

#### Sachverhalt

Die Gruppe „Kraftwerk“ hatte gegen den Produzenten Moses Pelham Ansprüche erhoben, weil dieser eine etwa 2 Sekunden lange Rhythmussequenz aus einem Kraftwerk-Titel kopiert und für einen Titel der Sängerin Sabrina Setlur verwendet hatte. Kraftwerk hatte auf Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Herausgabe der Tonträger zum Zwecke der Vernichtung geklagt.

#### Entscheidung

Nach Auffassung des BGH liegt zwar ein **Eingriff des Produzenten in das Tonträgerherstellerrecht** der Gruppe Kraftwerk vor, denn die Bestimmung des § 85 Ab-

satz 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG) schützt die zur Festlegung der Tonfolge auf dem Tonträger erforderliche wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung des Tonträgerherstellers. Da der Tonträgerhersteller die unternehmerische Leistung für den gesamten Tonträger erbringt, gibt es nach Auffassung des BGH keinen Teil des Tonträgers, auf den nicht ein Teil des Aufwands entfiel und der daher nicht geschützt wäre. Somit liege ein Eingriff in die Rechte des Tonträgerherstellers bereits dann vor, wenn einem fremden Tonträger auch nur kleinste Tonfetzen entnommen werden.

Allerdings sei – so der BGH – stets zu prüfen, ob derjenige, der solche Tonfetzen entnimmt, sich auf das **Recht zur freien Benutzung** berufen kann. Das Recht zur freien Benutzung ergibt sich aus § 24 Absatz 1 UrhG; hiernach darf ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden. Eine Benutzung fremder Tonträger ist also ohne Zustimmung des Berechtigten erlaubt, wenn das neue Werk zu der auf dem benutzten Tonträger entlehnten Tonfolge einen so großen Abstand hält, dass es als selbständig anzusehen ist.

#### Ausnahme

In zwei Fällen ist nach der Entscheidung des BGH eine freie Benutzung allerdings von vorneherein ausgeschlossen:

Zum einen ist eine Übernahme der unternehmerischen Leistung des Tonträgerherstellers dann nicht gerechtfertigt, wenn derjenige, der die auf einem fremden Tonträger aufgezeichneten Töne oder Klänge für eigene Zwecke verwenden möchte, befähigt und befugt ist, diese selbst einzuspielen. Zum anderen komme eine freie Benutzung dann nicht in Frage, wenn es sich bei der erkennbar dem benutzten Tonträger entnommenen und dem neuen Werk zugrunde gelegten Tonfolge um eine Melodie handelt (§ 24 Absatz 2 UrhG).

Der BGH hat daher in dem entschiedenen Fall das Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit dort überprüft wird, ob sich der beklagte Produzent unter Berücksichtigung der aufgestellten Kriterien auf das Recht zur freien Benutzung berufen kann.

**Fazit:** Die Entscheidung des BGH, dass sampling grundsätzlich zulässig ist, enthebt denje-

nigen, der die auf einem fremden Tonträger aufgezeichneten Töne oder Klänge für eigene Zwecke verwenden möchte, nicht von einer eingehenden Überprüfung, ob das von ihm hergestellte neue Werk genügend Abstand zu dem Werk hält, aus dem die benutzten Materialien entlehnt sind. Gerade bei dieser Feststellung kommen aber oft in erheblichem Umfang subjektive Einschätzungen zum Tragen. Es dürfte daher unbedingt ratsam sein, bei zweifelhaften Fällen die Begutachtung einer fachkundigen Stelle einzuholen. <<

Gerhard Boß  
g.boß@melchers-law.com

#### MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

## Ausschluss von Mitgesellchaftern

Das Kammergericht (Az.: 23 U 149/07) hatte kürzlich über die Zulässigkeit des Ausschlusses von Gesellchaftern einer GmbH zu entscheiden.

#### Sachverhalt

Ein Minderheitsgesellchafter einer GmbH hatte für eine Gesellchafterversammlung mehrere Punkte auf die Tagesordnung setzen lassen. Bereits vor der Beschlussfassung über diese Tagesordnungspunkte hatte er dem Mehrheitsgesellchafter angedroht, diesen auszuschließen, sofern er nicht in seinem Sinne abstimme. Aufgrund dieses Verhaltens beschlossen die übrigen Gesellchafter ihrerseits die Einziehung des Geschäftsanteils des Minderheitsgesellchafters.

#### Entscheidung

Das Kammergericht erblickte in der Drohung des Minderheitsgesellchafters einen erheblichen Treueverstoß. Denn das Androhen des Ausschlusses bei einem bestimmten Stimmverhalten ist auf die unzulässige Verhinderung jeglicher sachlicher Diskussion gerichtet. Allerdings konnte der Treueverstoß nach Auffassung des Gerichtes nicht die Einziehung des Geschäftsanteils rechtfertigen. Denn zur Beseitigung des gestörten Vertrauensverhältnisses zwischen den Gesellchaftern hätten mildere Mittel zur Verfügung gestanden, denen Vorrang zukomme. So wäre es möglich gewesen, zur Abschreckung eine Abmahnung zu erteilen. Auch hätte der Geschäftsanteil

gegebenenfalls auf einen weisungsunabhängigen Treuhänder übertragen werden können, um die Gefahr vergleichbaren treuwidrigen Verhaltens in Zukunft im Wesentlichen auszuräumen.

**Fazit:** Der Ausschluss eines Gesellschafters als rechtlich schwerwiegendste Sanktion ist nur dann gerechtfertigt, wenn zur Behebung des gestörten Vertrauensverhältnisses der Gesellschafter sonstige mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen. Allerdings ist es zweifelhaft, ob in der Praxis tatsächlich die Übertragung auf einen weisungsunabhängigen Treuhänder ein probates Mittel der Streitbeilegung ist. Dies gilt insbesondere bei kleinen Gesellschaften, bei denen den persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander erhebliche Bedeutung zukommt. <<

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

## MELCHERS LAW: MIETRECHT

### Unwirksamkeit starrer Schönheitsreparaturfristen in Gewerberaummietverträgen

Der BGH hat in seinem Urteil vom 8.10.2008 (XII ZR 84/06) die Auferlegung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter nach festen zeitlichen Grenzen unabhängig vom Renovierungsbedarf in Formularmietverträgen über Gewerberäume als unwirksam erachtet.

#### Rückblick

Bislang sah der BGH einen starren Fristenplan, mit dem *Schönheitsreparaturen* im Rahmen von AGB auf den Mieter übertragen werden, nur bzgl. der *Wohnraummiete* als unwirksam an, weil der Mieter über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinaus belastet werde. Ausnahmen gelten aber für AGB, die zwar Renovierungsfristen für den Regelfall enthalten, diese aber vom tatsächlichen Zustand des Mietobjekts abhängig machen (BGH v. 18.10.2006 – VIII ZR 52/06, NJW 2006, 3778).

Während der BGH bereits die Unwirksamkeit formularmäßiger *Endrenovierungsklauseln* für die *Geschäftsraummiete* ausgeurteilt hat (BGH v. 6.4.2005 –

XII ZR 308/02, NJW 2005, 1188), ist die entsprechende Übertragung dieser Rechtsprechung auf zeitlich fixierte Renovierungsfristen in Gewerberaummietverträgen bislang umstritten gewesen.

#### Das Urteil

Höchstrichterlich ist nunmehr die dem Wohnraummietrecht entlehnte Rechtsprechung zur *Unwirksamkeit „starrer“ Schönheitsreparaturfristen* auf die gewerbliche Raummiete ausgeweitet worden.

Im konkreten Fall oblag dem Mieter ausweislich der AGB „mindestens alle drei bzw. fünf Jahre“ die Durchführung von Schönheitsreparaturen. Ob solche fixen Renovierungsintervalle zulässig sind, richtet sich nach dem jeweiligen Regelungsinhalt, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Diese Auslegung ergibt aus der Sicht eines verständigen Mieters, dass er spätestens bei Ablauf der genannten

hen weder die gesetzliche Wertung noch schutzwürdige Vermieterinteressen der unangemessenen Benachteiligung des Mieters entgegen, weil das Gesetz bei Schönheitsreparaturen nicht zwischen Wohnungs- und Gewerberaummiete unterscheidet. Insbesondere hat der BGH sich nicht durch das Vorbringen von seinem Kurs abbringen lassen, dass die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter bei der Bemessung der Mietzinshöhe kalkuliert worden sei. Insoweit trage der Vermieter das Wirksamkeitsrisiko, auch wenn die Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung auf die nachträgliche Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung zurückzuführen sei.

**Fazit:** Der gewerbliche Mieter ist hinsichtlich starrer Fristenpläne von Schönheitsreparaturen ebenso schutzbedürftig wie der Wohnungsmieter, weil ihm deckungsgleich ein

## MELCHERS LAW: PRAXISREPORT

### Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) ist eine Rechtsform, welche häufig in erster Linie mit mit Großkonzernen in Verbindung gebracht wird. Die Allianz SE, die BASF SE oder die Porsche Automobil Holding SE sind auch in der breiten Öffentlichkeit bekannte Beispiele, in welchen von dieser Rechtsform Gebrauch gemacht worden ist. Unter den derzeit rund 90 in Deutschland registrierten Europäischen Aktiengesellschaften befinden sich jedoch auch einige *mittelständische Unternehmen*, für welche diese Rechtsform häufig weniger wegen der Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der Mitbestimmung interessant ist, sondern vor allem deshalb, weil sie mit der SE

ihren europaweiten Aktivitäten „*ein europäisches Gesicht*“ geben können. Letzteres war auch für die *HITEUROPE SE*, ein Joint Venture Unternehmen führender europäischer Logistik-Dienstleister für High-Tech-Produkte, ein wichtiger Aspekt. Wir freuen uns, dass die beteiligten Unternehmen bei der Gründung dieser Gesellschaft auf die Kompetenz von MELCHERS vertraut haben und dass wir seither eine der derzeit nur fünf Europäischen Aktiengesellschaften in Baden-Württemberg betreuen. Der HITEUROPE SE gelten unsere besten Wünsche für eine erfolgreiche Geschäftsentwicklung. <<

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

Fristen unabhängig vom tatsächlichen Raumzustand renovierungspflichtig ist. Damit sind die Sachverhalte im Wohnraum- und Gewerberaumrecht gleich zu bewerten: denn die Unwirksamkeit von „starrten“ Fristen stützt sich nicht auf Sozialaspekte des Wohnraums, sondern vielmehr auf allgemeine Vermieterpflichten und die Grenzen zulässiger Abänderung von Gesetzesvorgaben. Zudem ste-

**Übermaß an Instandhaltungspflichten aufgebürdet wird. Aufgrund dieses Gleichlaufs besteht hinsichtlich verwendeter formularmäßiger Fristenpläne in Gewerberaummietverträgen kein Vertrauensschutz.** <<

Christian Becker  
c.becker@melcher-law.com

MELCHERS LAW: VERTRAGSGESTALTUNG

## Verträge auf Englisch: Die Fehler, die Deutsche immer machen

Englisch zu sprechen, ist für uns im Geschäftsleben, und nicht nur dort, das Natürlichste auf der Welt geworden. Einen Vertrag in englischer Sprache abzuschließen, empfinden wir daher nicht ohne weiteres als eine besondere Herausforderung oder gar als eine Gefahr...; damit ist man aber schon voll in die erste Falle gelaufen, die es bei dem Abschluss von englischsprachigen Verträgen zu meiden gilt.

### Vertragsenglisch ist kein normales Englisch

Vertragsenglisch folgt seinen eigenen sprachlichen Regeln, und hinter Worten, die wir aus dem Standardenglisch zu kennen meinen, können sich gänzlich andere Konzepte und mithin Rechtsfolgen verbergen, als es auf den ersten Blick erkennbar ist. Diese Gefahr potenziert sich durch die Notwendigkeit der zumindest gedanklichen Übersetzung in deutsche Begriffe, die aber im juristischen Bereich fast nie deckungsgleich sind. Denn die englische Konzeption des Vertragsrechts ist eine gänzlich andere als die deutsche.



Größte Vorsicht ist daher bei Übersetzungen geboten, die oftmals nur scheinbar richtig sind.

### Jeder Rechtsbehelf außer Schadenersatz muss vereinbart werden

Das englische Recht sieht grundsätzlich den *Schadenersatz (damages) als die einzige Konsequenz eines Vertragsbruchs* vor. Jeder sonstige Rechtsbehelf (also z.B.

Rücktritt, Kündigungsrecht, Nachbesserungsansprüche, Unterlassungsansprüche etc.) muss daher grundsätzlich vertraglich gesondert vereinbart werden. Deutsche Verhandlungspartner übersehen dies regelmäßig.

### Haftung ohne Verschulden

Im englischen Recht gilt der *Grundsatz der Garantief Haftung (strict liability)*, d.h. jede Partei haftet für jede Leistungsstörung auf Schadenersatz, auch wenn sie keinerlei Verschulden trifft. Auch eine vorherige Fristsetzung ist grundsätzlich nicht erforderlich. Soll diese Garantief Haftung vermieden werden, muss dies ausdrücklich vereinbart werden.

### Höhere Gewalt

Wegen der Garantief Haftung kommt der *force majeure clause*, also der Klausel, in welcher die höhere Gewalt geregelt wird, entscheidende Bedeutung zu. Tatsächlich ist *höhere Gewalt im Rahmen der Garantief Haftung die einzige Exkulpationsmöglichkeit* für den Schuldner einer vertraglichen Pflicht. Aus diesem Grund ist es essentiell, hier einerseits eigene Gestaltungsspielräume wahrzunehmen und andererseits durch die Vertragspartner vorgesehene Schlupflöcher in der Haftung zu vermeiden.

### Nur was im Vertrag steht, gilt

Gemäß der *four corners of the contract rule* dürfen nach englischem Recht zur



*Verträgen*. Denn die Darstellungen in der Präambel dienen zum einen zur Darstellung der Geschäftsgrundlage und zum andern können sie Grundlage von Rechtsbehelfen sein, wenn die Aussagen des Vertragspartners in diesem Zusammenhang nicht korrekt sind.

### Vertragsstrafen sind nicht durchsetzbar

Der deutsche Vertragspartner wird oft eine Vertragsstrafeklausel im Falle der Verletzung von für ihn wesentlichen Pflichten seitens des Vertragspartners vereinbaren wollen. *Anders als das deutsche Recht erkennt das englische Recht die Vereinbarung einer Vertragsstrafe (penalty clause) jedoch grundsätzlich nicht an*. Wenn also Vorsorge getragen werden soll, dann muss dies auf andere Weise geschehen. Möglich ist dies durch die Vereinbarung von *liquidated damages*, also pauschalitem Schadenersatz. Voraussetzung für die wirksame Vereinbarung ist aber, dass eine realistische Schadenseinschätzung stattgefunden hat, was im Vertrag zum Ausdruck kommen sollte.

**Fazit:** Beim Abschluss von Verträgen in englischer Sprache ist große Vorsicht und Sorgfalt bei der Formulierung geboten. Ist englisches oder amerikanisches Recht oder ein sonstiges Recht aus dem englischen Sprachraum vereinbart, ist zu berücksichtigen, dass die Verwendung von scheinbar bekannten Formulierungen zu völlig anderen Ergebnissen führen kann als nach deutschem Recht. Wenn die Geltung von deutschem Recht vereinbart wird, kann der unvorsichtige Umgang mit englischen Rechtsbegriffen dazu führen, dass englische Konzepte in einen an sich „deutschen“ Vertrag integriert werden, was ebenfalls zu gänzlich unbeabsichtigten Ergebnissen führen kann. <<

Auslegung des Vertrages grundsätzlich keine Elemente außerhalb des Vertrages (also der vier Ecken des Dokumentes) herangezogen werden. *Alle Umstände von Belang gehören daher in den Vertrag*. Sollen sie nicht Bestandteil der Pflichten selbst werden, so gehören sie in die Präambel. Die *Geringschätzung der Ausführungen in der Präambel ist ein weiterer regelmäßiger Fehler beim Abschluss von*

## MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

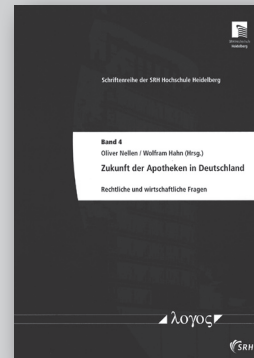
## Zukunft der Apotheken in Deutschland

Nellen/Hahn (Hrsg.):

**Zukunft der Apotheken in Deutschland –  
Rechtliche und wirtschaftliche Fragen.  
Schriftenreihe der SRH Hochschule Heidel-  
berg, Band 4: Logos Verlag (Berlin)**

Am 19.11.2008 fand an der SRH Hochschule Heidelberg das „1. Heidelberger Symposium zur Zukunft der Apotheken in Deutschland“ statt. Im Mittelpunkt der Veranstaltung

standen Fragen eines erfolgreichen Apothekenkaufs und -verkaufs. Der hier angezeigte Band stellt das schriftliche Ergebnis der Tagung dar. Er umfasst u.a. die Beiträge von Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Hahn zur „Liberalisierung des Apothekenrechts im europäischen Kontext“ sowie von Herrn Rechtsanwalt Dr. Riechers zur „Zusammenarbeit von Apotheken aus kartellrechtlichem Blickwinkel“. <<



## MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

Nähere Informationen zu den Autoren finden Sie im Internet unter [www.melchers-law.com](http://www.melchers-law.com).

**CHRISTIAN BECKER**

berät deutsche und ausländische Mandanten insbesondere im Bereich des Arbeits- und Handelsrechts sowie im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.

**GERHARD BOSS**

ist unter anderem auf dem Gebiet des Urheberrechts tätig. Er verfügt über langjährige Erfahrungen als Berater deutscher und ausländischer Mandanten.

**STEFAN ILLIES**

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

**MARTIN KOLLER-VAN DELDEN**

LL.M., Maître en Droit, Fachanwalt für Arbeitsrecht, berät Unternehmen, Geschäftsführer und Vorstände umfassend im Bereich des Arbeits- und Dienstvertragsrechts.

**DR. DIETER THÜNNESEN**

Dipl.-Betriebswirt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, ist seit 1982 als Anwalt tätig. Aufgrund seiner langjährigen Erfahrung als Insolvenzverwalter berät er insbesondere Unternehmen, Gesellschafter, Geschäftsführer und Gläubiger als Beteiligte in Insolvenzverfahren.

**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. MATTHIAS PASCHKE**

berät deutsche und ausländische Mandanten in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts sowie des Dienstvertragsrechts.

**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](mailto:a.masuch@melchers-law.com)

**KONZEPTION UND GESTALTUNG**

[www.fischerziegler.com](http://www.fischerziegler.com)

**ERSCHEINUNGSWEISE**

6 Ausgaben pro Jahr

**NACHBESTELLUNGEN**

[newsletter@melchers-law.com](mailto:newsletter@melchers-law.com)

**STANDORTE UND KONTAKT****HEIDELBERG**

Im Breitspiel 21  
69126 Heidelberg, Deutschland  
T +49-(0)6221-18 50-0  
F +49-(0)6221-18 50-1 00  
E [heidelberg@melchers-law.com](mailto:heidelberg@melchers-law.com)

**BERLIN**

Fasanenstraße 85  
10623 Berlin, Deutschland  
T +49-(0)30-3 10 13 99-0  
F +49-(0)30-3 10 13 99-10  
E [berlin@melchers-law.com](mailto:berlin@melchers-law.com)

**FRANKFURT AM MAIN**

Großer Hasenpfad 30  
60598 Frankfurt/Main, Deutschland  
T +49-(0)69-96 22 04-27  
F +49-(0)69-96 22 04-12  
E [frankfurt@melchers-law.com](mailto:frankfurt@melchers-law.com)

[www.melchers-law.com](http://www.melchers-law.com)