

MELCHERS

LAW

19 | AUSGABE
MAI/JUNI 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,



die Zukunft hat viele Namen: Für Schwache ist sie das Un-erreichbare, für die Furcht-samen das Unbekannte, für die Mutigen die Chance. Diese Weisheit des franzö-sischen Schriftstellers Victor Hugo sollte uns auch in einem teilweise nach wie vor schwierigen wirtschaft-lichen Umfeld die Zuversicht geben, dass Krisen häufig

auch Chancen bieten. Diese gilt es zu ergreifen. Dabei wollen wir Ihnen helfen.

Dass Sie sich auf MELCHERS als Ihren kompetenten Berater in allen wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen verlassen können, bringt die vorliegende Ausgabe unserer MELCHERS LAW wieder einmal auf's Beste zum Ausdruck. Die Vielfalt der Beiträge in dieser Ausgabe zeigt, dass wir eine echte „Full-Service-Kanzlei“ sind, die Ihnen gerne in allen Fragen des Wirtschaftsrechts zur Seite steht. Informieren Sie sich in dieser Ausgabe beispielsweise über die neuesten Entwicklungen im Vergaberecht. Erfahren Sie, wie Fußballtickets in Ihrer Compliance-Organisation berücksichtigt werden könnten und vieles mehr.

In diesem Sinne wünschen wir Ihnen viel Spaß beim Lesen!

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



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

ARBEITSRECHT

Befristung von Arbeitsverträgen bis zu vier Jahren möglich **02**

GESELLSCHAFTSRECHT

Vorsicht bei Zahlungen in der Krise! **03**

GLÜCKSSPIELRECHT

Schleswig-Holstein zur Beendigung des Glücksspielstaatsvertrags entschlossen **04**

STRAFRECHT

Compliance: Einladung in die VIP-Lounge **04**

VERGABERECHT

Ausschreibungspflicht bei kommunalen Immobiliengeschäften **06**

VERTRAGSRECHT

Texte und Lieder, die man sich schenken kann **07**

>> PERSÖNLICH

03

>> INTERNATIONAL

05

>> PRAXISTIPP

06

>> FACHPUBLIKATIONEN

07

>> VERANSTALTUNGEN

08

MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

Befristung von Arbeitsverträgen bis zu vier Jahren möglich

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz gestattet die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsverhältnisses an sich nur für die Dauer von *maximal 2 Jahren*. Im Zeichen der Überbrückung der Wirtschaftskrise haben sich die Tarifpartner der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg indes darauf geeinigt, dass reine Zeitbefristungen *bis zu 4 Jahren* möglich sein sollen. Von dieser Möglichkeit können nicht nur tarifgebundene, sondern alle Unternehmen Gebrauch machen, die unter den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich des entsprechenden Tarifvertrags fallen, mithin alle Unternehmen der Metall- und Elektroindustrie in Baden-Württemberg.

Gesetzliche Ausgangslage

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz trifft grundsätzlich eine sehr restriktive Regelung zu sogenannten reinen Zeitbefristungen. Um dauerhaft prekäre Arbeitsverhältnisse zu verhindern, soll eine Zeitbefristung nur für maximal 2 Jahre möglich sein (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG).

Das Gesetz sieht jedoch in § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG eine sogenannte Tariföffnungsklausel vor. Danach können Tarifpartner vereinbaren, dass im Geltungsbereich ihres Tarifvertrags längere Befristungen möglich sind. Gleichzeitig bestimmt § 14 Abs. 2 S. 4 TzBfG, dass, falls ein solcher Tarifvertrag existiert, auch die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber mit ihren Arbeitnehmern die großzügigeren Regelungen dieses Tarifvertrags anwenden können.

Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg: Befristungsdauer bis zu vier Jahren

Der Arbeitgeberverband Südwestmetall und die IG-Metall haben im Zeichen der Wirtschaftskrise mit dem Tarifvertrag zu Kurzarbeit, Qualifizierung und Beschäftigung (TV KQB) einen Tarifvertrag abgeschlossen, der es gemäß seinem § 3 ermöglicht, solche befristeten Arbeitsverträge, die vor dem 31.12.2010 auslaufen, um bis zu weitere 24 Monate zu verlängern. War also z.B. bisher eine zweijährige Befristung vereinbart und läuft diese in



2010 aus, so kann durch eine Verlängerung um 24 Monate eine Gesamtbefristungszeit von insgesamt 4 Jahren erreicht werden. Auch ist es möglich, schrittweise vorzugehen. Denn der TV KQB sieht vor, dass abweichend vom TzBfG innerhalb des Höchstzeitraums von 4 Jahren insgesamt bis zu 6 Mal eine Verlängerung vereinbart werden darf.

Sinn und Zweck des Tarifvertrages ist es, Arbeitgeber zu motivieren, in 2010 auslaufende befristete Beschäftigungsverhältnisse, die aus Sorge um die Auftragslage nicht in unbefristete Arbeitsverträge umgewandelt würden, zumindest befristet fortzusetzen. Eine wirtschaftlich schwierige Lage ist jedoch keineswegs Voraussetzung für die Befristungsverlängerung nach dem TV KQB. Der Tarifvertrag ist daher für alle Arbeitgeber der Elektro- und Metallindustrie eine Möglichkeit zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes.

Nachdem die gesetzliche Regelung eindeutig ist und sich zudem der derzeitige Präsident des Landesarbeitsgerichts

Baden-Württemberg jüngst sehr positiv zu der Möglichkeit der verlängerten Befristung nach dem TV KQB geäußert hat (NZA 6/2010, S. 305, 306), ist mit einer Anerkennung entsprechender Verlängerungsvereinbarungen durch die Gerichte zu rechnen.

In anderen Regionen könnte der baden-württembergische TV KQB Schule machen. So hat am 25.02.2010 der Arbeitgeberverband der Metallindustriellen Niedersachsens mit der dortigen IG-Metall vereinbart, dass bis Oktober 2010 Gespräche über die Verlängerungen von Befristungen aufgenommen werden.

Fazit: Die Tarifpartner der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg haben mit der Möglichkeit zur Verlängerung von befristeten Beschäftigungsverhältnissen, die auch nicht tarifgebundenen Arbeitgebern offensteht, eine pragmatische Lösung zur Beschäftigungssicherung und Flexibilisierung des Personaleinsatzes geschaffen. <<

Martin Koller-van Delden
m.koller.v.delden@melchers-law.com

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Vorsicht bei Zahlungen in der Krise!

GmbH-Geschäftsführer sind nach Eintritt der Insolvenzzreife der GmbH erheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt. Unter anderem können sie nach § 64 Satz 1 und 2 GmbHG der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet sein, die nach Eintritt der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit geleistet werden. Davon erfasst sind auch Zahlungen, welche bereits vor Ablauf der maximal dreiwöchigen Frist, die den Geschäftsführern zur Stellung des Insolvenzantrages verbleibt, erfolgen. Eine Haftung ist dabei nach § 64 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen, soweit die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind.

Zahlung von debitorischem Konto

Der BGH hat in einem jüngst veröffentlichten Urteil (BGH v. 25.01.2010 – II ZR 258/08) seine Rechtsprechung bestätigt, *wonach Zahlungen von einem debitorischen Konto der GmbH an einzelne*

Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich keine Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG auslösen. In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Geschäftsführer vom Geschäftskonto der GmbH bei einer Sparkasse Zahlungen an Gesellschaftsgläubiger geleistet, obwohl die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt bei negativer Fortführungsprognose bereits erheblich überschuldet und damit insolvenzreif war.

Der BGH führte in dem Urteil aus, Sinn und Zweck des Zahlungsverbots sei es, die verteilungsfähige Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern. Bei Zahlungen von einem debitorischen Konto an einzelne Gesellschaftsgläubiger handelt es sich indes um eine Zahlung mit Kreditmitteln, welche einen *bloßen Gläubigertausch* zur Folge haben: An die Stelle der mit Kreditmitteln erfüllten Forderungen der Gesellschaftsgläubiger tritt eine entsprechend höhere Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber der Bank. Durch solche Zahlungen mit Kreditmitteln wird weder die verteilungsfähige Vermögensmasse vermindert noch werden die Gesellschaftsverbindlichkeiten erhöht, so dass dadurch auch keine

Quotenverringerung der Gläubiger eintritt. *Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Bank über die Zahlungen deckende Gesellschaftssicherheiten verfügt*, da das Gesellschaftsvermögen in diesem Fall zu Gunsten der Bank mit Sicherheiten belastet wird.

Davon unberührt bleibt eine etwaige Haftung der Geschäftsführer nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 15a Abs. 1 Satz 1 InsO. Kommt ein Geschäftsführer seiner Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages nicht innerhalb der maximal dreiwöchigen Frist des § 15a Abs. 1 InsO nach, haftet er nach den Grundsätzen der *Insolvenzverschleppungshaftung* auf Ersatz eines daraus Gesellschaftsgläubigern entstehenden Schadens. Danach können Geschäftsführer einer Bank gegenüber zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein, der dieser daraus entsteht, dass sich der Saldo eines der GmbH eingeräumten Kontokorrentkredits in der Insolvenzverschleppungsphase erhöht (vgl. BGH v. 05.02.2007 – II ZR 234/05). Eine solche Haftung scheidet jedoch aus, wenn die Bank den Kredit bewusst trotz Insolvenzzreife zur Verfügung stellt, um der Gesellschaft die Fortführung der Geschäfte zu ermöglichen.

Zahlung auf debitorisches Bankkonto

Um nach Eintritt der Insolvenzzreife eine Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG zu vermeiden, müssen Geschäftsführer auch grundsätzlich dafür sorgen, dass Zahlungen von Gesellschaftsschuldern nicht auf ein debitorisch geführtes Bankkonto der Gesellschaft geleistet werden. Denn ein Geschäftsführer muss aufgrund seiner *Masseerhaltungspflicht* dafür sorgen, dass entsprechende Zahlungen als Äquivalent für dadurch erfüllte Gesellschaftsforderungen der Masse zukommen und nicht nur zu einer Verringerung der Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber der Bank und damit zu deren bevorzugten Befriedigung führen. Dies macht es grundsätzlich erforderlich, *ein neues, kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank zu eröffnen* (BGH v. 26.03.2007 – II ZR 310/05).

Fazit: In der Krise drohen den Geschäftsführern – schon bevor sie zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet sind – erhebliche Haftungsrisiken. Dies gilt es gerade in der gegenwärtigen, angespannten Wirtschaftslage zu beachten. <<

Daniel Haese
d.haese@melchers-law.com

MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

Dr. Bernhard Winter

MELCHERS Heidelberg

Herr Dr. Bernhard Winter ist seit 1979 als Rechtsanwalt bei MELCHERS tätig und seit 1984 Gesellschafter der Sozietät.

Herr Dr. Winter berät im Handels- und Gesellschaftsrecht, ferner in den Bereichen

Umstrukturierung, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensnachfolge sowie Erbrecht.



Herr Dr. Winter über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...
... mit der Lektüre der Tageszeitung.

Am Anwaltsberuf reizen mich ...
... die trotz langjähriger Erfahrung immer wieder neuen Fragestellungen.

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ...
... braucht neben herausragenden juristischen Kenntnissen auch die Fähigkeit, auf seinen Mandanten einzugehen und ihm Lösungen, nicht nur Probleme aufzuzeigen.

Erfolge feiere ich ...
... nur dann, wenn sie eine gewisse Dimension erreicht haben.

Es bringt mich auf die Palme ...
... undifferenzierte Meinungen nach „Stammtischmanier“.

Zur Zeit beschäftigt mich ...
... vieles, oft ist der Weg das Ziel. <<



MELCHERS LAW: GLÜCKSSPIELRECHT

Schleswig-Holstein zur Beendigung des Glücksspielstaatsvertrags entschlossen

Durch den Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) der Länder, der zum 1.1.2008 in Kraft getreten ist, wurde das staatliche Monopol bei Sportwetten und Lotterien gefestigt. Daneben enthält der GlüStV weitgehende Werbebeschränkungen für die zugelassenen Glücksspielanbieter sowie ein **Totalverbot für Online-Glücksspiele**. Auf dem diesjährigen Symposium der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim wurde eine Zwischenbilanz zum Glücksspielstaatsvertrag gezogen. Der stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU im schleswig-holsteinischen Landtag, Hans-Jörn Arp, bekräftigte im Zuge der abschließenden Diskussion den Willen Schleswig-Holsteins, für bestimmte Glücksspiele ein neues Konzessionsmodell einzuführen.

Symposium Glücksspiel 2010

Auf dem jährlichen stattfindenden Symposium der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim kommen sowohl Experten aus den Bereichen des Glücksspielrechts und der Suchtprävention, als auch Vertreter der Glücksspielindustrie und der staatlichen Gesellschaften zusammen, um aktuelle glücksspielbezogene Themen und Trends zu diskutieren. Die Sozietät MELCHERS war durch ihre Rechtsanwälte Dr. Jörg Hofmann und Matthias Spitz vertreten. Das diesjährige Symposium am 11. und 12. März 2010 hatte thematisch eine „Zwischenbilanz zum Glücksspielstaatsvertrag für Lotterien

und Sportwetten“ zum Inhalt. Dementsprechend war der erste Symposiums-Tag inhaltlich stark auf die Lotterien ausgerichtet, denen die Experten im Bereich der Suchtprävention in ihren Vorträgen ein nur geringes Suchtpotential attestierten und insofern teilweise eine Lockerung der Werbebeschränkungen des GlüStV anregten. Die Vertreter der Lotterien mussten demgegenüber finanzielle Einbußen auch in Folge der neuen Rechtslage einräumen.

Schleswig-Holstein will Glücksspielrecht ändern

MdL Hans-Jörn Arp, der zugleich Beauftragter für den Mittelstand der Landesregierung Schleswig-Holstein ist, stellte am zweiten Symposiums-Tag die Initiative der schleswig-holsteinischen Regierungskoalition zur Liberalisierung des deutschen Sport- und Wettenmarktes vor. Danach ist die Koalition im Sportwettenbereich zur Umsetzung eines Konzessionsmodells entschlossen, was Arp auch in der sich anschließenden Podiumsdiskussion gegen Kritik von Befürwortern des gegenwärtigen Monopols verteidigte. Falls rechtlich möglich, soll insofern eine Kontingentierung erfolgen. Vorzugswürdig ist nach Vorstellung Schleswig-Holsteins eine Lösung mit zwei neuen Staatsverträgen, einem für Sportwetten und einem Staatsvertrag, der das Monopol im Bereich der Lotterien auf der Basis der Rechtslage von 2004 aufrechterhält, d.h. auch den Internet-Vertrieb zulässt. Arp meinte außerdem, dass das Online-Spiel zugelassen werden solle, „sonst haben die Spielbanken keinen Wert mehr“; im Hinblick auf Schleswig-Holstein sei außerdem eine Privatisierung der Spielbanken geplant. Arp verdeutlichte weiterhin, dass Schleswig-Holstein eine konsensuale Lösung mit den anderen Bundesländern anstrebe, sei aber notfalls auch zu einem Alleingang bereit. In Kürze soll dazu eine inter-ministerielle Arbeitsgruppe einge-

richtet werden, die Einzelheiten erarbeiten wird.

Fazit: Das Land Schleswig-Holstein hat durch seinen Vorstoß frischen Wind in die juristische Diskussion um den GlüStV gebracht. Es ist deshalb denkbar, dass die von der Staatskanzlei Rheinland-Pfalz federführend für die anderen Bundesländer jüngst begonnene Evaluierung des GlüStV, die eine neue staatsvertragliche Regelung des Glücksspielrechts nach 2011 zum Ziel hat, durch diese neueren Entwicklungen bereits überholt wird. Andere Landesregierungen könnten zudem durch die Ankündigung der Privatisierung der Spielbanken Schleswig-Holstein zusammen mit der Zulassung des Online-Spiels unter Druck geraten, für ihre Spielbanken ebenfalls das Online-Spiel zuzulassen. <<

Matthias Spitz
m.spitz@melchers-law.com

MELCHERS LAW: STRAFRECHT

Compliance: Einladung in die VIP-Lounge

Moderne Unternehmen stehen in der heutigen Zeit in vielfältiger Weise in Kontakt. Dabei ist an Lieferanten-Abnehmerbeziehungen ebenso wie an Joint-Venture Verbindungen zu denken. Diese verschiedenen Geschäftsbeziehungen gilt es zu pflegen. Einladungen zu beliebten – und bei vielen begehrten – Sportereignissen sind dabei, nicht zuletzt um ein angenehmes Aufeinandertreffen außerhalb des Geschäftsalltags zu ermöglichen, bestens geeignet. Dies ist allerdings nicht ganz risikolos wie eine aktuelle Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz belegt.

Die Entscheidung

Zu beurteilen hatte das LAG Rheinland-Pfalz eine Kündigungsschutzklage eines Personalleiters eines Unternehmens. Dieser wurde u.a. entlassen, weil er sich von einer mit ihm zusammenarbeitenden Personalvermittlungsfirma, mit welcher er in Verbindung stand, zu einem Fußballspiel in eine VIP-Lounge einladen ließ.

Das LAG bewertete dies als Schmiergeldzahlung. Dadurch habe der Personalleiter ein Geschenk *in Form einer nicht nur*

einfachen Eintrittskarte zu einem Fußballspiel von erheblichem Wert entgegen genommen. Die Zusammenarbeit zwischen Personalleiter und Personalvermittlungsfirma war unstrittig. Die Verhandlungen mit der Firma habe dem Personalleiter obliegen. Damit habe er den notwendigen Einfluss auf die Entscheidung seines Unternehmens gehabt.

Wer solche Vorteile (Eintrittskarten) annehme, die auch nur dazu geeignet seien, den Empfänger (Personalleiter) in seiner Entscheidung zu beeinflussen, verstoße gegen das Schmiergeldverbot und handle den Interessen des Arbeitgebers zu wider.

Nach Ansicht des LAG begründete die Annahme der Einladung die Gefahr, dass der Personalleiter nicht mehr ausschließlich die Interessen seines Unternehmens wahrnahm.

Soweit sich der Personalleiter auf die Praxis berief, *der Arbeitgeber habe die Annahme von Geschenken geduldet*, konnte er damit nicht durchdringen. Er hatte nicht vorgetragen, dass es sich dabei ebenso um Geschenke von bedeutendem Wert gehandelt hatte. Dies wäre aber wegen der Wertung der Einladung als VIP-Karte mit bedeutendem Wert nötig gewesen.

Im Ergebnis hat das LAG damit die Pflichtverletzung wegen eines Verstoßes gegen das Schmiergeldverbot (§ 299 Abs. 1 StGB) festgestellt.

Strafrechtliche Bewertung:

Die Wertung der Einladung als „Vorteil“ i.S.v. § 299 StGB ist nachvollziehbar. In diese Richtung gingen auch schon Entscheidungen des BGH wie die im öffentlich bekannt gewordenen „WM-Skandal“ um die Einladung von politischen Funktionsträgern zu WM-Spielen. Ob dabei Wert-Grenzen, z.B. EUR 100 wie sie das LAG andeutet, bestehen, ist bisher noch nicht geklärt. Auch unterhalb der Schwelle von EUR 100 besteht deshalb ein Risiko.

Problematisch erscheint aber, dass alleine die Annahme eines Vorteils für den Vorwurf der Bestechlichkeit gem. § 299 Abs. 1 StGB nicht hinreicht. Der Täter muss den Vorteil gerade angenommen haben, um dem Zuwendenden künftige Geschäftsabschlüsse durch ihn zu ermöglichen. Der Täter muss den Vorteil „als Gegenleistung“ i.S.v. § 299 Abs. 1 StGB für seinen Einsatz bei Geschäftsabschlüssen annehmen. Man spricht insoweit von einer „Unrechtvereinbarung“.

Ein solches zu missbilligendes Geschäft zwischen Personalleiter und Personalvermittlung war hier nicht hinreichend festgestellt. Schließlich könnte die Personalvermittlung auch die bloße Kontaktpflege beabsichtigt haben.

Fazit: *Voranstehende Überlegungen haben Folgen für die Compliance-Organisation eines Unternehmens. Denn für die Verfasser der Compliance-Richtlinien ergibt sich Handlungsbedarf hinsichtlich der Regelungen zur Annahme von*

Geschenken. Nicht nur eine Wertgrenze muss eingerichtet werden; auch die weiteren Umstände unter welchen z.B. die Annahme einer Einladung erfolgen darf, muss genau festgelegt werden. Eine Einladung mit dem Hintergrund neue Kontakte herzustellen, kann sinnvoll sein. Professionelle Erarbeitung und Kontrolle von entsprechenden Richtlinien kann insoweit strafrechtliche Haftungsrisiken vermeiden. Wir beraten Sie gerne! <<

*Florian Schmidt
f.schmidt@melchers-law.com*

MELCHERS LAW: INTERNATIONAL

USA, Texas

Die Internationalisierung der Wirtschaft schreitet voran, weshalb Unternehmen bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten vielfach auch Rechtsberatungsleistungen für fremde Rechtsordnungen benötigen. Solche kann MELCHERS Ihnen schnell und kompetent vermitteln. Hierzu greifen wir auf unser internationales Netzwerk der „International Alliance of Law Firms“ (Alliance) zurück, dem angesehenen Wirtschaftskanzleien aus mehr als 50 Ländern weltweit angehören; ergänzend bestehen langjährige direkte Kontakte zu weiteren Rechtsanwälten in verschiedenen Jurisdiktionen.

In lockerer Folge möchten wir Ihnen einzelne unserer Kooperationspartner vorstellen. Gerne stehen wir Ihnen für weitere Informationen zur Verfügung.

Schwartz, Junell, Greenberg & Oathout LLP

Die Kanzlei Schwartz, Junell, Greenberg & Oathout LLP wurde im Jahre 1990 gegründet und beschäftigt derzeit mehr als 20 Berufsträger in Houston, Texas/USA. Die Rechtsanwaltskanzlei ist seit vielen Jahren Mitglied der Alliance. Partnerin Monica Fitzgerald-Oathout ist derzeit Präsidentin der Alliance.



Monica Fitzgerald-Oathout

Die Kanzlei berät und vertritt Unternehmen aller Größen bis hin zu international tätigen Konzernen. Zum Mandantenkreis gehören dabei auch eine Vielzahl von Unternehmen aus dem Ausland, vorwiegend aus Europa und Südamerika.

Erhebliche Bedeutung kommt daneben dem Bereich „Litigation“, d.h. der Vertretung von Mandanten vor Gericht (und Schiedsgerichten) zu. Insoweit ist insbesondere der Partner Roger B. Greenberg zu nennen, der u.a. als „Koordinationsanwalt“ die Klägerseite in dem „Enron Securities Class Action“-Prozess vertreten und für diese die höchste Schadensersatzzahlung in der Geschichte der USA für geschädigte Anleger (7,227 Mrd. US-Dollar) erstritten hat. Hintergrund waren 195 verschiedene zivilrechtliche Ansprüche wegen Missbrauchs von Bundes- und Landesgesetzen in Bezug auf Enron- oder Enron-bezogene Wertpapiere.

Bereits mehrfach wurden Rechtsanwälte von Schwartz, Junell, Greenberg & Oathout für ihre fachlichen Leistungen ausgezeichnet. Zuletzt hat der Partner Joe H. Reynolds im Oktober 2008 die Auszeichnung „Lifetime Excellence in Advocacy“ von der „Texas Association of Civil Trial and Appellate Specialists“ erhalten. Schließlich wurde die Rechtsanwaltskanzlei vor kurzem in dem Texas Monthly Magazine und diversen TV-Sendungen wie ABC Nightline, World News Tonight und Good Morning America als fachlich herausragende Kanzlei in Houston vorgestellt. <<

Kanzlei: *Schwartz, Junell,
Greenberg & Oathout, L.L.P.*
Internet: *www.schwartz-junell.lawoffice.com*
e-Mail: *moathout@schwartz-junell.com*
Telefon: *001/713/752-0017*

MELCHERS LAW: PRAXISTIPP

Energie-Contracting: Gesetzeslücke zum Ökosteuersparen soll geschlossen werden

Deutsche Unternehmen haben in den letzten Jahren durch Abschluss sog. Energie-Contracting-Verträge in großem Umfang Steuern gespart, indem sie eine Lücke im Steuersystem zu ihrem Vorteil nutzten. Der Bundesrechnungshof hat nun ermittelt, dass dem Staat dadurch mittlerweile jährliche Einnahmen von ca. EUR 500 Millionen verloren gehen – das Bundesfinanzministerium will diese Lücke mit einer Gesetzesinitiative noch dieses Frühjahr schließen.

Sind Sie auch betroffen?

Ökosteuer ist kein Fachbegriff, eine eigenständige Steuer namens „Ökosteuer“ gibt es also in Deutschland nicht. Verstanden werden darunter Verbrauchssteuern, die Lenkungsanreize zu einem ökologisch sinnvollen Verhalten geben sollen. Die „Ökosteuer“ setzt sich insbesondere aus einer *Stromsteuer* und einer *Mineralölsteuer* zusammen. Für industrielle Großverbraucher wurde im Interesse ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit die Stromsteuer ermäßigt. Strom erhalten Unternehmen des produzierenden Gewerbes zu einem zu 40 % ermäßigten Steuersatz. Die Mineralölsteuer wurde nach ökologischen Kriterien gestaffelt; wobei bestimmte Verwendungszwecke begünstigt wurden. Bis 2003 wurde die Steuer mehrmals erhöht, wobei von der Erhöhung der Mineralölsteuer wiederum Unternehmen des produzierenden Gewerbes grundsätzlich befreit wurden.

Diese Steuervorteile wussten in der Vergangenheit immer mehr Unternehmen auch des nicht produzierenden Gewerbes – wie *Dienstleister* – für sich zu nutzen. Fremdfirmen – der *Contractor* – bieten hierzu diesen Unternehmen an, deren Energieversorgung zu übernehmen. Jedoch werden lediglich die Heizung und Klimaanlage einer neuen GmbH überschrieben, die nur auf dem Papier die Leistung erbringt – tatsächlich bleibt alles beim Alten. Die GmbH als Energieerzeugerin gilt allerdings als Unternehmen des

produzierenden Gewerbes mit der Folge, dass diese dann die Steuerermäßigungen für sich in Anspruch nehmen kann. Die so erwirtschaftete Steuerersparnis teilen die Vertragsparteien dann je nach Verhandlungsergebnis unter sich auf. Auf den ersten Blick erscheint dies als „win-win“-Situation – lässt man bei dieser Betrachtung den deutschen Staat außen vor.

Was nun?

Mit der nunmehr ins Haus stehenden Gesetzesänderung soll dieses Steuersparmodell gekippt werden. Somit lohnt sich für alle, die einen derartigen *Contracting-Vertrag* geschlossen haben, einen Blick ins Vertragswerk zu werfen, um Essentielles für den Umgang mit oder über die *Auswirkungen dieser Gesetzesänderung* herauszufinden:

- » Was gilt im Falle einer Gesetzesänderung?
- » Welche Rechte und Pflichten habe ich und welche Kosten (wie bspw. Handlingspauschalen) kommen auf mich zu, die von keiner Steuerersparnis mehr getragen werden?
- » Wem gehört das Eigentum an den Anlagen – kann ich dies evtl. zurückerlangen?
- » Kann ich mich von dem Vertrag lösen oder habe ich einen Anspruch auf Vertragsanpassung?
- » Sind diese Rechte überhaupt durchsetzbar, wenn der Vertrag ggf. nur zum Schein abgeschlossen wurde?
- » Muss ich mit staatlichen Sanktionen rechnen?

Fazit: Die Gesetzesänderung sollte nicht abgewartet werden, vielmehr ist jetzt bereits dringend ein Handeln geboten. Enthält der Vertrag keine klare Risikoverteilung für den Fall einer Gesetzesänderung, sollten Sie die Konsequenzen für Ihr Unternehmen abklären lassen. Ziel sollte es sein, bei Inkrafttreten der Gesetzesänderung bereits auf eine mit Ihrem Vertragspartner einvernehmlich gefundene Vertragsregelung zurückgreifen zu können. <<

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



MELCHERS LAW: VERGABERECHT

Ausschreibungspflicht bei kommunalen Immobiliengeschäften

Der Europäische Gerichtshof hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 25.03.2010 in der Rechtssache C-451/08 die sehr strikte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand verworfen.

Rückblick: Die Ahlhorn-Rechtsprechung

Das OLG Düsseldorf hat in einer Reihe von Entscheidungen Grundstücksverkäufe und städtebauliche Verträge der öffentlichen Hand als ausschreibungspflichtige Bauaufträge betrachtet. Danach sollen Immobiliengeschäfte, bei denen die öffentliche Hand *Grundstücke im Rahmen von städtebaulichen Investorenprojekten veräußert*, dem europäischen Vergaberecht unterworfen sein, wenn der Kaufvertrag eine Bauverpflichtung des Investors enthält. Die Ausschreibungspflicht gelte zudem bereits bei einer faktischen Bauverpflichtung des Käufers, wenn z. B. der Grundstückskaufvertrag Rücktrittsrechte des Verkäufers im Falle der Nichtvornahme der Sanierung vorsieht oder Beschreibungen des geplanten Vorhabens enthält. Diese Rechtsprechung hatte zu einer erheblichen Verunsicherung bei Investoren und der öffentlichen Hand geführt, die den deutschen Gesetzgeber zu einer Klarstellung des Bauauftragsbegriffs in § 99 Abs. 3 GWB veranlasste. Dort wurde geregelt, dass Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand als Bauverträge nur ausschreibungspflichtig sind, wenn die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zu Gute kommt. Das OLG Düsseldorf hat mit einem Vorlageverfahren

diese Gesetzesänderung auf den Prüfstand des EuGH gestellt.

Die Entscheidung des EuGH vom 25.03.2010

Der Europäische Gerichtshof tritt der „Ahlhorn“-Rechtsprechung mit folgenden Erwägungen entgegen:

Reine Grundstückskaufverträge sind nicht ausschreibungspflichtig

Der EuGH betont ausdrücklich, dass der Verkauf eines Grundstücks durch die öffentliche Hand keinen öffentlichen Bauauftrag darstellt. Dieser setzt voraus, dass die öffentliche Hand als Erwerber auftritt und der Auftrag die Ausführung von Bauleistungen zum Gegenstand hat. An beidem fehle es bei reinen Grundstücksverkäufen.

Verfolgung städtebaulicher Ziele reicht für Bauauftrag nicht aus

Der wesentliche Streitpunkt in der Diskussion um die „Ahlhorn“-Rechtsprechung ist, ob ein ausschreibungspflichtiger Auftrag einen *eigenen Beschaffungszweck* des öffentlichen Auftraggebers erfordert. Der EuGH hat entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber ein *unmittelbares wirtschaftliches Interesse* an der Bauleistung haben muss. Dieses liegt vor, wenn er Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks wird oder auf sonstige Weise darüber verfügen kann. Das wirtschaftliche Interesse kann auch aus wirtschaftlichen Vorteilen aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks bestehen. Keinesfalls liegen diese Voraussetzungen jedoch vor, wenn mit der Bauleistung ein im allgemeinen Interesse liegendes öffentliches Ziel erfüllt werden soll, wie etwa im Bereich des kooperativen Städtebaurechts.

Öffentlicher Auftrag erfordert einklagbare Bauverpflichtung

Der EuGH verneint eine Ausschreibungspflicht wegen faktischer Bauverpflichtung. Nach Ansicht des EuGH erfordert der öffentliche Bauauftrag, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen übernimmt und es sich um eine *einklagbare Verpflichtung* handelt. Nach der Entscheidung des EuGH wird es mangels einer Verpflichtung nicht ausreichen, wenn die Realisierung von Bauleistungen oder eines Bauwerks nur Vertragsgrundlage ist, an deren Nichterfüllung bestimmte Rechtsfolgen (Vertragsrücktritt, Vertragsstrafen) geknüpft sind, ohne dass der Erwerber insoweit zur Erfüllung verpflichtet ist.

Prüfung/Billigung von Bauplänen durch Behörde nicht ausreichend

Nach der Richtlinie 2004/8 kann ein öffentlicher Bauauftrag auch in der Erbringung einer „Bauleistung ... gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen liegen“. Nach Auffassung des EuGH reicht es hierfür nicht aus, wenn die öffentliche Hand die Baupläne des privaten Bauherrn nur prüft und billigt. Der Auftraggeber muss den Inhalt der auszuführenden Bauleistungen selbst definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf ihre Konzeption ausüben.

Fazit: Nach der Entscheidung des EuGH werden eine Reihe von Maßnahmen des kooperativen Städtebaus aus dem Bauauftragsbegriff herausfallen. In diesen Fällen muss der öffentliche Auftraggeber nicht mehr das komplizierte und langwierige Vergaberecht beachten. Der EuGH sichert damit kommunale Handlungsspielräume bei der Stadtentwicklung. <<

Andreas Pauli
a.pauli@melchers-law.com

MELCHERS LAW: VERTRAGSRECHT

Texte und Lieder, die man sich schenken kann

Wer Computerspiele, Musik-CDs oder Bücher *im Laden kauft*, kann diese beliebig weiter verkaufen oder verschenken. Die Rechtsprechung hat Lizenzbedingungen, die der Hersteller direkt mit dem Käufer abzuschließen versuchte und in denen der Weiterverkauf von beispielsweise Computerspielen durch entsprechende Einschränkungen der Nutzungsrechte untersagt wurde, immer wieder für unwirksam erklärt. Damit wurde die Mobilität von Computerspielen, Musik-CDs und sonstigen Software-Programmen, die im Laden erworben wurden, gewährleistet.

Online-Kauf

Erfolgt der Kauf von Büchern, Computerspielen oder Musiktiteln *nicht im Laden*, sondern *online*, hat sich dort teilweise die Praxis herausgebildet, den Erwerb von eBooks, Computerprogrammen oder Musiktiteln an *feste Benutzerkonten* zu binden und damit zu erreichen, dass der Erwerber sein eBook, sein Computerspiel oder erworbene Musiktitel nicht weiter veräußern oder verschenken kann. Durch diese Praxis kommt es zu einer deutlich

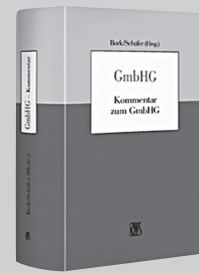
MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

GmbHG-Kommentar

von Bork/Schäfer (Hrsg.)

Köln (RWS-Verlag), 2010, 960 Seiten,
98,00 EUR

Das MoMiG hat das GmbHG stark verändert. Der von den Professoren Reinhard Bork und Carsten Schäfer herausgegebene neue „Pocket-Kommentar“ bietet eine zuverlässige Orientierung. Er bietet eine wissenschaftlich fundierte und praxistaugliche Erläuterung des GmbHG auf neuestem Stand. Herr Dr. Masuch kommentiert in diesem Werk die §§ 45 ff. GmbHG betreffend die Rechte der Gesellschafter sowie die Gesellschafterversammlung. <<



unterschiedlichen Behandlung von Büchern, Computerspielen oder Musiktiteln, je nach dem, ob diese im Laden erworben wurden, oder online.

Bewertung durch den BGH

In einem Urteil vom 18.02.2010 (AZ.: I ZR 178/08) hat der Bundesgerichtshof nunmehr diese Praxis der Hersteller gebilligt. Der klagende Bundesverband der Verbraucherzentrale hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass dieses Vertriebsmodell die Verbraucher unangemessen benachteilige. Der Bundesgerichtshof ist dem nicht gefolgt. In der fehlenden Weitergabemöglichkeit, die dieses Lizenzmodell für den Erwerber mit sich bringt, sieht der Bundesgerichtshof keine unangemessene Benachteiligung.

Fazit: Werden eBooks, Computerspiele, oder Musiktitel online erworben, sollte anhand der Benutzungsbedingungen genau geprüft werden, ob das Lizenzmodell eine Weitergabe der erworbenen Dateien ermöglicht. Da dieses Lizenzmodell von den Herstellern als wirksames Mittel gegen Raubkopien angesehen wird, ist davon auszugehen, dass es nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs eine stark ansteigende Verbreitung finden wird. <<

Dr. Arndt Riechers
a.riechers@melchers-law.com

MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

» **Insolvenz des Vertragspartners –
Zahlungsausfälle vermeiden und
Rechte nutzen**

Die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit von Vertragspartnern ist ein Problem, das Unternehmen jeder Größe quer durch alle Branchen betrifft. Oft geraten auch vermeintlich „gesunde“ Unternehmen in eine Liquiditätskrise, ohne dass das vom Vertragspartner rechtzeitig erkannt werden kann. Vor diesem Hintergrund hält Herr Rechtsanwalt Dr. Thünnesen für die IHK Rhein-Neckar in Mannheim einen Vortrag zum Thema „Insolvenz des Vertragspartners“. Bei Interesse an dieser

Veranstaltung können Sie sich gerne an d.thuennesen@melchers-law.com wenden.

Termin: **05.05.2010, 15:00–17:30 Uhr**
Ort: **Mannheim, M 1, 1a**
(Haus der Evangelischen Kirche)
Veranstalter: **IHK Rhein-Neckar**
Info: www.rhein-neckar.ihk24.de

» **Englische Vertragsgestaltung und
Absicherung von Auslandszahlungen**

Wer mit internationalen Geschäftspartnern operiert, kommt heute nicht mehr umhin, sich

mit Verträgen in englischer Sprache zu befassen. Am 7.5.2010 wird Ihnen Herr Rechtsanwalt Koller-van Delden wertvolle Hinweise auf typische Fallstricke geben. Ein wichtiges Thema bei internationalen Geschäften ist immer auch die Absicherung zu erwartender Auslandszahlungen. Hierzu wird Herr Bensch von der Heidelberger Volksbank referieren.

Termin: **07.05.2010**
Ort: **Heidelberg**
Veranstalter: **MELCHERS Seminare GmbH**
Referenten: **Koller-van Delden,
Bensch (VoBa Heidelberg)**
Info: www.melchers-seminare.de

MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

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

**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. 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 bezüglich aktueller Compliance-Fragen und verteidigt darüber hinaus in wirtschafts- und steuerstrafrechtlichen Verfahren.

**DANIEL HAESE**

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

**ANDREAS PAULI**

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

**DR. ARNDT RIECHERS**

ist Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz und Lehrbeauftragter an der Fachhochschule Heidelberg.

**MATTHIAS SPITZ**

berät Mandanten im Glücksspielrecht und Öffentliches Recht mit Schwerpunkten im Allgemeinen Verwaltungsrecht, Baurecht, Fachplanungsrecht und Europarecht.

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

Katharinenstraße 8
10711 Berlin, Deutschland
T +49-(0)30-3101399-0
F +49-(0)30-3101399-10
E berlin@melchers-law.com

FRANKFURT AM MAIN

Darmstädter Landstraße 108
60598 Frankfurt/Main, Deutschland
T +49-(0)69-6530006-0
F +49-(0)69-6530006-40
E frankfurt@melchers-law.com

www.melchers-law.com