

Informationstechnologie aktuell:

**Verwertung gebrauchter
Softwarelizenzen**

In Lizenzbedingungen von Softwareherstellern ist regelmäßig vorgesehen, dass dem Nutzer lediglich eine beschränkte Lizenz eingeräumt wird. Insbesondere wird dem Nutzer verboten, die Lizenz auf einen Dritten zu übertragen. Diese Regelungen führen dazu, dass eine wirtschaftliche Weiterverwertung der Lizenz nicht möglich ist.

Diese Regelungen sind nach Auffassung der deutschen und europäischen Rechtsprechung zumindest im Bereich des Kaufs / Verkaufs von Standardsoftware unwirksam. Dies wurde im Rahmen eines vom Verfasser vor dem Oberlandesgericht Hamm erstrittenen Urteils aktuell bestätigt. Zwar ging es in der Entscheidung in erster Linie um Fragen des Leasingrechts im Hinblick auf hochpreisige CAD-Standardsoftware. Das Gericht musste sich aber auch mit der vorliegenden Thematik auseinandersetzen. Dabei hat es unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 03.07.2012, die sich mit der Weiterveräußerung von gegen Entgelt heruntergeladener Software beschäftigte, entschieden, dass derartige Beschränkungen in Lizenzbedingungen gegen die deutschen Gesetze zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen. Zum einen seien diese Regelungen im Rahmen eines Kaufvertrages überraschend, da ein Käufer nicht mit derartigen Einschränkungen rechnen müsse. Zum anderen wichen diese Klauseln vom urheberrechtlichen Leitbild ab und seien schon deshalb unwirksam. Denn nach dem sogenannten urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz hänge es allein davon ab, ob der Rechtsinhaber – also der Softwarehersteller – dem (ersten) Inverkehrbringen durch Veräußerung zugestimmt hätte. Denn bereits mit dieser ersten durch ihn oder mit seiner Zustimmung erfolgten Veräußerung gebe der Berechtigte die Herrschaft über das Werkexemplar auf; es werde damit für jede Weiterverbreitung frei.

Festzuhalten bleibt, dass trotz entgegenstehender Lizenzbedingungen des Softwareherstellers die Veräußerung von im Rahmen eines Kaufvertrages erworbenen Lizenzen von Standardsoftware möglich ist.

**Newsletter-Werbung trotz
„Double-opt-in-Bestätigungsmail“
vor dem Aus?**

In der Praxis der Online-Werbung ist es üblich, E-Mail Werbung, z.B. in Form eines Newsletters, außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung erst dann zu versenden, wenn der Empfänger vorher in den Empfang eingewilligt hat. Dies erfolgt in der Regel nach Anmeldung des Kunden durch Versand einer E-Mail an den Kunden, in der der Kunde gebeten wird, seine Anmeldung noch einmal ausdrücklich zu bestätigen (sogenanntes „Double-opt-in Verfahren“). Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass der Kunde bzw. der Inhaber der angegebenen E-Mail Adresse sich auch tatsächlich angemeldet hat. Diese Praxis wurde nach herrschender Meinung in der Fachliteratur insbesondere in Ansehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Einwilligung in Telefonwerbung für zulässig gehalten.

Nunmehr sorgt eine Entscheidung des Oberlandesgericht München vom 27.09.2012 für Aufregung. Das Oberlandesgericht München hat entschieden, dass bereits der Versand der Bestätigungsmail eine unzulässige Werbung darstellt und daher unzulässig sei. Diese Entscheidung widerspricht anderslautenden Urteilen in der Vergangenheit zu diesem Thema und wird in der Fachliteratur kritisch bewertet. Schließlich würde sie in letzter Konsequenz dazu führen, dass E-Mail Werbung außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung rechtlich nicht mehr möglich wäre. Hauptkritikpunkt an der Entscheidung ist, dass das Oberlandesgericht München die reine Bestätigungsmail bereits als Werbung angesehen hat, also als Maßnahme mit dem Ziel der Absatzförderung.

Zwar gehen wir davon aus, dass sich diese Auffassung aufgrund der abweichenden Rechtsprechung und der massiven Kritik aus der Literatur nicht durchsetzen wird. Dennoch gibt diese Entscheidung Anlass, den eigenen Umgang mit E-Mail Werbung noch einmal zu überdenken. Zur Absicherung gegen Abmahnungen sollten Sie sicherstellen, dass sowohl die auf Ihrer Homepage bei der Anmeldung hinterlegte E-Mail Adresse sowie die Bestätigung selbst gespeichert werden. Denn unstreitig sind Sie beweispflichtig für die Erteilung der Einwilligung. Darüberhinaus ist zwingend zu beachten, dass Ihre Bestätigungsmail völlig werbefrei ausgestaltet ist. Denn andernfalls können Sie im Ernstfall nicht argumentieren, dass es sich bei der Bestätigungsmail nicht um Werbung handelt.

Martin Breinlich
Rechtsanwalt



Gesellschaftsrecht aktuell:

Änderung des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG erfordert Überprüfung von Gewinnabführungsverträgen

Einführung

Gewinnabführungsverträge sind Verträge, durch die sich eine Gesellschaft verpflichtet, ihren gesamten Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen. Gleichzeitig verpflichtet sich die einen Gewinn vereinnahmende Gesellschaft zum Ausgleich eines etwaigen Verlustes der abführenden Gesellschaft. Ziel ist ein umfassender Gewinn- und Verlustausgleich zwischen den beteiligten Unternehmen.

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Verlustübernahme-klausel bestand bislang jedenfalls in – insbesondere aus steuerlichen Erwägungen heraus – beschränktem Umfang Gestaltungsfreiheit. Die steuergesetzlichen Rahmenbedingungen haben sich nunmehr durch eine Änderung des insoweit maßgeblichen § 17 KStG geändert.

Neuregelung

Nunmehr setzt eine seit dem 27.02.2013 geltende Neuregelung des § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG für die steuerliche Anerkennung von Gewinnabführungsverträgen voraus, dass

„eine Verlustübernahme durch Verweis auf die Vorschriften des § 302 des Aktiengesetzes in seiner jeweils gültigen Fassung vereinbart wird.“

Demnach bestehen drei kumulative Anforderungen zur steuerlichen Anerkennungsfähigkeit:

- Die Verlustausgleichspflicht muss – wie schon bisher – „vereinbart“ werden.
- Die Verlustübernahme muss durch „Verweis auf die Vorschriften des § 302 Aktiengesetz“ vereinbart werden.
- Der Verweis auf § 302 AktG muss dynamisch ausgestaltet sein („in seiner jeweils gültigen Fassung“).

Folgen für die Praxis

In der Praxis findet man in Gewinnabführungsverträgen verschiedene Gestaltungen, u.a.:

- Es wird auf § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung verwiesen („Nur-Verweisklauseln“).
- Es wird der Gesetzestext des § 302 AktG ganz oder teilweise wiedergegeben, ohne auf die Norm selbst zu verweisen („Nur-Wiedergabeklauseln“).
- Es werden Kombinationen aus vorstehend dargestellten Klauseln verwendet („Kombinationsklauseln“).

Insoweit ist Folgendes festzustellen:

„Nur-Wiedergabeklauseln“ sind nach der Änderung des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG künftig nicht mehr steuerlich anzu-

erkennen. Hinsichtlich der „Kombinationsklauseln“ wird in der juristischen Literatur teilweise in Frage gestellt, ob diese den Anforderungen des neuen § 17 S. 2 Nr. 2 KStG n.F. genügen.

Das höchste Maß an Rechtssicherheit dürften nach der Neuerung des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG hingegen die „Nur-Verweisklauseln“ wie:

„Für die Verlustübernahme gelten die Vorschriften des § 302 AktG in ihrer jeweils gültigen Fassung entsprechend.“

bieten.

Neuverträge

Die neue Fassung des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG gilt für alle Neuverträge, die ab dem 27.02.2013 abgeschlossen oder geändert werden. Insoweit sollten angesichts der Neuregelung nur noch dynamische „Nur-Verweisklauseln“ verwendet werden.

Altverträge

Hinsichtlich solcher Altverträge, deren Verlustübernahme-klausel schon jetzt als sogenannte „dynamische Nur-Verweisklausel“ ausgestaltet ist, besteht angesichts der steuergesetzlichen Neuregelung kein Handlungsbedarf.

Für alle übrigen Altverträge sollte im Einzelfall geprüft werden, ob eine durch das Gesetz in § 34 Abs. (10b) S. 2 KStG n.F. vorgesehene zeitlich befristete (!) Möglichkeit zur Heilung von Mängeln in der Vereinbarung der Verlustübernahmepflicht durch Einfügung eines dynamischen Verweises genutzt werden kann und sollte. Vorsorglich muss diese Empfehlung bis auf weiteres angesichts der leider missverständlichen Formulierung des Gesetzes auch für solche Verträge gelten, die nach alter Rechtslage den Bestimmungen des § 17 KStG entsprachen.

Johannes Dokters
Rechtsanwalt



In eigener Sache:

Wir gratulieren!



Wir freuen uns, dass die zuständige Rechtsanwaltskammer Hamm unserem Kollegen Herrn Rechtsanwalt Dr. Christian Göertz den Titel „Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht“ verliehen hat.

Herr Rechtsanwalt Dr. Christian Göertz ist zugleich Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht.

