

## Beiträge

---

1. **Gebrauchte Software als Chance für Unternehmer**
2. **Neubeginn der Verjährung nach Mängelbeseitigung**
3. **Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) und Societas Privata Europaea als Alternativen zur Limited**
4. **Was ist ein „Kaufmännisches Bestätigungsschreiben“?**

### 1. **Gebrauchte Software als Chance für Unternehmer**

Mit Software aus zweiter Hand wird nicht nur bei eBay schwunghafter Handel betrieben. Die Angebote mit häufig originalverpackten Datenträgern und Einzellizenzen richten sich dort meist an Verbraucher und scheinen im Wesentlichen von den großen Softwareherstellern unbehelligt abgewickelt zu werden. Ganz anders sieht der Markt bei unternehmerisch genutzter gebrauchter Software aus, insbesondere bei sog. Volumenlizenzen. Hier liefern sich professionelle Händler heftige rechtliche Auseinandersetzungen mit den Softwareherstellern.

Überzählige Softwarenutzungsrechte entstehen etwa infolge von Umstrukturierungen, beim Abbau von Arbeitsplätzen oder durch Insolvenzen, aber auch beim Wechsel des Betriebssystems oder auf neue Programmversionen. Diese Nutzungsrechte werden dann von spezialisierten Händlern erworben und weiter veräußert. Dem Verkäufer bringt dies einen Erlös aus möglicherweise bereits abgeschriebenen Wirtschaftsgütern. Für den Erwerber gebrauchter Software kann sich eine Preisersparnis von 10 bis zu 70 Prozent gegenüber dem Neukauf ergeben. Der Gebrauchtmärkte ist besonders für Unternehmen interessant, die die Software bereits einsetzen und Bedarf an der Ausstattung zusätzlicher Arbeitsplätze haben, einen teuren Nachkauf beim Hersteller aber vermeiden wollen.

Rechtlich unkritisch sind zunächst die Fälle, in denen gebrauchte Software zur Nutzung auf nur einem Rechner (sog. Einzelplatzlizenz) zusammen mit dem Originaldatenträger verkauft wird. Hier tritt mit der ersten Veräußerung die „urheberrechtliche Erschöpfung“ ein: Der Softwarehersteller als Inhaber des Urheberrechts kann weitere Veräußerungen nicht rechtlich wirksam verbieten.

Der rechtliche Rahmen für andere Lizenzvarianten ist heftig umstritten. Die Rechtsprechung differenziert zwischen als Bundle mit Hardware vertriebener Software auf Originaldatenträgern (sog. OEM-Lizenz), Software, die via Download (ohne Überlassung eines physischen Datenträgers) durch den Ersterwerber bezogen wurde und sog. Volumenlizenzen. Bei diesen

wird dem Erwerber eine Master CD ausgehändigt und damit das Recht verbunden, eine durch den Lizenzvertrag bestimmte Anzahl Installationen auf seinen Computersystemen vorzunehmen. Umstritten ist in den vorgenannten Konstellationen die Frage, ob und wann der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz greift und wie sich zusätzliche vertragliche Veräußerungsverbote auswirken. Der Erwerber riskiert dabei, überhaupt kein wirksames Nutzungsrecht übertragen zu bekommen, der Veräußerer kann sich gegebenenfalls wegen einer Vertragspflichtverletzung gegenüber seinem Lizenzgeber oder im Rahmen der Mängelhaftung gegenüber seinem Abnehmer schadensersatzpflichtig machen. Es kommt daher auf die vertragliche Gestaltung und rechtliche Auslegung im konkreten Einzelfall an, ob ein Verkauf oder Erwerb von Software aus zweiter Hand risikolos möglich ist.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat die auftretenden Rechtsfragen bisher noch nicht geklärt.

Ein beabsichtigter Geschäftsabschluss sollte daher unbedingt von einem spezialisierten Anwalt vorher geprüft und die Durchführung rechtlich gestaltet und begleitet werden, um die angesprochenen Risiken zu vermeiden oder möglichst gering zu halten.

Dr. Tilo Jung

+49 6221 4340230

tilo.jung@adjuga.com

## **2. Neubeginn der Verjährung nach Mängelbeseitigung**

In der Vertragspraxis stellt sich häufig die Frage, ob die Nachbesserung einer mangelhaften Sache zum Neubeginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche führt.

Die Verjährungsfrist beginnt im Falle der Nachbesserung nur dann wieder neu zu laufen, wenn ein Anerkenntnis des Verkäufers vorliegt, zur Nachbesserung verpflichtet zu sein. Zwar kann nach ständiger Rechtsprechung in der bloßen Vornahme von nicht unwesentlichen Nachbesserungsarbeiten ein derartiges Anerkenntnis gesehen werden, allerdings sind dabei sämtliche Umstände des Einzelfalls zu würdigen. So liegt ein Anerkenntnis der Mängelbeseitigungspflicht durch schlüssiges Verhalten vor, wenn der Verkäufer aus der Sicht des Käufers nicht nur aus Kulanzgründen zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. Für die Beurteilung, ob der Verkäufer in einem derartigen Bewusstsein handelt, können vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten bedeutend sein. Erfolgt die Reparatur einer defekten Sache hingegen ausdrücklich aus „Kulanz“ und bringt der Verkäufer dies zum Ausdruck, erkennt er die Verpflichtung zur Nachbesserung gerade nicht an. Mithin wird in diesem Fall die Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche mit Abschluss der Reparatur nicht neu zu laufen

beginnen. Gleichmaßen führt auch eine fehlgeschlagene Reparatur – abgesehen von einem Anerkenntnis – nicht zum Neubeginn der Verjährungsfrist.

Die häufig in AGB zu findende Regelung, nach der für im Wege der Nachlieferung durch den Verkäufer neu gelieferten oder nachgebesserten Produkte die Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt, ist unwirksam. Sie führt nach der Rechtsprechung des BGH zu einer unangemessenen Benachteiligung des Verkäufers und schafft insofern keine Lossagung von den oben genannten Grundsätzen.

Die Ermittlung des Ablaufes der Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei durchgeführter Nachbesserung bedarf daher stets der Betrachtung der Einzelfallumstände und deren rechtlicher Bewertung.

Markus Schaller

+49 6221 4340240

markus.schaller@adjuga.com

### **3. Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) und Societas Privata Europaea als Alternativen zur Limited**

Die englische „private company limited by shares“ oder „Limited“ erfreut sich in letzter Zeit in Deutschland einiger Beliebtheit. Ein wichtiger Grund hierfür ist die Verbindung einer Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen mit der Möglichkeit der Gründung mit geringem Mindestkapital.

Der deutsche Gesetzgeber hat auf diese Entwicklung reagiert, indem er mit der „Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ („UG“) eine Sonderform der GmbH geschaffen hat, die mit einem Mindeststammkapital von 1 Euro gegründet werden kann. Unabhängig hiervon versucht die Europäische Kommission, mit der „Societas Privata Europaea“ („SPE“) eine neue europäische Gesellschaftsform zu etablieren. Auch die Gründung der SPE soll mit einem Mindestkapital von einem Euro möglich sein. Voraussetzung hierfür ist, dass die Satzung der Gesellschaft Ausschüttungen von der vorherigen Unterzeichnung einer „Solvenzbescheinigung“ durch die Geschäftsleitung abhängig macht. Damit bescheinigt diese, dass die SPE in dem auf die Ausschüttung folgenden Jahr ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit im Rahmen ihrer normalen Geschäftstätigkeit begleichen wird. Enthält die Satzung keine solche Bestimmung, so muss die SPE mit einem Kapital von mindestens 8 000 Euro gegründet werden. Mit Blick auf die Mindestkapitalerfordernisse können sowohl die UG als auch zukünftig möglicherweise die SPE Alternativen zur Limited sein.

Für den potentiellen Gesellschafter sind die Gründung und die Gewinnverwendungsmöglichkeiten wichtige Punkte bei der Wahl der Gesellschaftsform. Hierzu geben die nachfolgenden Ausführungen einen kurzen Überblick.

Die UG kann – wie auch die GmbH – unter Verwendung eines gesetzlich vorgegebenen Musterprotokolls kostengünstig und mit verhältnismäßig geringem Aufwand gegründet werden.

Nach dem derzeitigen Stand des Verordnungsgebungsverfahrens wird auch für die SPE die Verwendung einer Mustersatzung möglich sein. Voraussichtlich wird die Gründung einer SPE keinen grenzüberschreitenden Bezug erfordern. Es ist jedoch in der Diskussion, ob die Gesellschaft binnen zwei Jahren nach der Eintragung grenzüberschreitend tätig sein muss und sie bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzung automatisch in die entsprechende nationale Rechtsform umgewandelt wird (beispielsweise in Deutschland in eine UG oder in eine GmbH).

Da die UG lediglich eine Starthilfe sein soll, um das zur Gründung einer GmbH erforderliche Kapital aufzubringen, sind die Gewinnausschüttungsmöglichkeiten eingeschränkt: 25 Prozent des Jahresüberschusses müssen in eine verwendungsbeschränkte gesetzliche Rücklage eingestellt und können somit nicht ausgeschüttet werden. Durch eine Erhöhung des Stammkapitals auf mindestens 25 000 Euro wandelt sich die UG in eine GmbH um. Sind die Rücklagen hinreichend angewachsen, kann diese Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vorgenommen werden. Die Thesaurierungspflicht entfällt sodann.

In der SPE stehen keine Thesaurierungspflichten einer Gewinnausschüttung entgegen. Als Ausschüttungsvoraussetzungen sind lediglich ein obligatorischer Bilanztest und ein fakultativer Solvenzttest vorgesehen. Bei dem Bilanztest müssen nach der Ausschüttung die Vermögenswerte die Verbindlichkeiten in vollem Umfang abdecken. Verlangt die Satzung einen Solvenzttest, so muss das Geschäftsleitungsorgan – wie bereits erwähnt – vor der Ausschüttung eine Solvenzbescheinigung unterzeichnen. Die Ausschüttung darf jedenfalls nicht dazu führen, dass das Kapital geringer als das Mindestkapital (1 Euro oder 8 000 Euro) wird.

Mit der UG und voraussichtlich in Zukunft auch mit der SPE stehen zwei Alternativen zur Limited zur Verfügung. Insbesondere bei einem rein nationalen Fokus und bei Ein-Personen-Gründungen mit niedrigem Kapitalbedarf erscheint die UG als passendere Gesellschaftsform. Hingegen kann die SPE nicht zuletzt aufgrund der zu erwartenden europaweiten Bekanntheit der Rechtsform bei grenzüberschreitenden Aktivitäten von Vorteil sein.

Michael Keilpflug, M.C.L.

+49 6221 4340250

michael.keilpflug@adjuga.com

#### 4. Was ist ein „Kaufmännisches Bestätigungsschreiben“?

Es entspricht kaufmännischer Übung, nach formlosem Vertragsschluss (z. B. mündlich oder telefonisch) dem anderen Kaufmann den Vertragsschluss schriftlich zu bestätigen. Die schriftliche Aufzeichnung des Vertragsinhalts dient Dokumentations- und Beweis Zwecken. Diese Bestätigung kann ein „kaufmännisches Bestätigungsschreiben“ sein. Schweigt der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, gilt sein Schweigen unter den folgenden Voraussetzungen als Zustimmung:

- die Parteien sind Kaufleute,
- dem Schreiben gingen Vertragsverhandlungen voraus,
- die Parteien haben formlos, in der Regel mündlich, einen Vertrag geschlossen oder sich auf eine Änderung/Ergänzung einer bereits bestehenden Vereinbarung geeinigt,
- das Schreiben bestätigt die Vereinbarung unter Wiedergabe des tatsächlich vereinbarten Vertragsinhalts und
- der Empfänger widerspricht nicht unverzüglich, d. h. innerhalb einer den Verkehrsbedürfnissen angemessenen kurzen Frist. Diese Frist bemisst sich nach den Umständen im Einzelfall. In der Regel beträgt sie ein bis zwei Tage.

Erhält ein Kaufmann ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben und widerspricht diesem nicht unverzüglich, gilt der Vertrag als mit dem Inhalt geschlossen, der sich aus dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ergibt.

Diese Rechtsfolge tritt jedoch nicht ein, wenn

- der Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens derart vom zuvor Vereinbarten abweicht, dass der Absender vernünftigerweise mit dem Einverständnis des Empfängers nicht rechnen kann, oder
- der Absender das kaufmännische Bestätigungsschreiben unredlich und damit rechtsmissbräuchlich verwendet, z. B. indem er das Besprochene unrichtig oder entstellt wiedergibt.

Andreas Dömkes

+49 6221 4340220

andreas.doemkes@adjuga.com

Die Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie die „information mai 2010“ an weitere Interessierte weiterleiten. Jede andere Verwendung ist nur nach Zustimmung durch die adjuga Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH unter Nennung der Quelle zulässig. Diese Information ersetzt nicht die rechtliche Beratung. Trotz sorgfältiger Erstellung übernimmt die adjuga Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH für die Richtigkeit keine Haftung.