

# NEWSLETTER

Nr. 40 September 2006

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
Vorwort .....	1
IT-Recht für Unternehmen (Teil 3): Erstellung von Software .....	2
Reform des GmbH-Rechts .....	4
Die chinesische „VO zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ (ÜV)..	6
Unwirksamkeit einer formularvertraglich vereinbarten Ausschlussklausel .....	7
Überwindung regulatorischer Asymmetrien im Mobilfunk durch Bill & Keep? .....	8
ITS Regional Conference Amsterdam.....	10
Probleme der umsatzsteuerlichen Branchenlösung .....	11
BVerwG: Nach deutschen Vorgaben kommt Ex-ante-Mobilfunkentgeltregulierung zwei Jahre zu spät....	13
“Regulating” Information Society in China - The EU-China Information Society Project.....	13
Entwurf eines Telemediengesetzes.....	16
Termine .....	17
Impressum .....	18

## Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

mit der Ihnen vorliegenden Ausgabe des Newsletter melden wir uns aus der Sommerpause zurück. In den letzten Wochen hat es wieder zahlreiche interessante Entscheidung, Entwicklungen und Ereignisse gegeben, über die wir in gewohnter Weise berichten möchten.

Besonders freuen wir uns, Ihnen heute einen Gastbeitrag präsentieren zu dürfen: Herr Dr. Thomas Hart, Regulierungsexperte des EU-China Information Society Project in Peking, hat uns einen Beitrag zum Thema „Informationsgesellschaft in China“ zur Verfügung gestellt, für den wir uns an dieser Stelle nochmals herzlich bedanken möchten. Das EU-China Information Society Project ist ein gemeinsames Projekt der EU-Kommission und der chinesischen Regierung, welches im August 2005 ins Leben gerufen wurde und dem Zweck dient, Expertise rund um die Thematik „Information Society“ nach China zu bringen und dort zu nutzen.

Auch im Gesellschafts- sowie im Telekommunikationsrecht blicken wir nach Fernost: So stellen wir Ihnen die in China soeben erlassene neue „Verordnung zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ vor, während ein weiterer Beitrag sich anlässlich einer derzeit in Hongkong stattfindenden Konsultation zum Thema „Bill & Keep“ mit der Frage beschäftigt, ob dies ein geeignetes Instrumentarium zur Überwindung bestehender Asymmetrien im Mobilfunk darstellen könnte.

Abschließend möchten wir noch auf das in der Rubrik „Termine“ aufgeführte, am 01.12.2006 in Köln stattfindende Seminar „Aktuelle Probleme des Informationsrechts“ des Otto-Schmidt-Verlages hinweisen: Referenten sind die Kollegen Dr. Peter Schuster und Dr. Peter Schmitz, die praxisnah aktuelle Neuerungen des Informationsrechts in Rechtsprechung und Gesetzgebung vorstellen werden.

Mit Anfragen, Kritik und Anregungen erreichen Sie uns gerne unter [newsletter@ra-ps.biz](mailto:newsletter@ra-ps.biz).

## IT-Recht

### IT-Recht für Unternehmen (Teil 3): Erstellung von Software

Besondere Bedeutung kommt in der Unternehmenspraxis im Bereich des IT-Rechts auch der Erstellung von Individualsoftware zu. Damit ist auch die Anpassung von Standardsoftware an Kundenwünsche („Customizing“) gemeint, wie sie etwa bei SAP-Modulen zu finden ist, weitergehend aber noch das Programmieren einer Software auf Grund der Bestellung eines einzelnen Kunden. Diese Software-Projekte enthalten in der Praxis nicht nur viele Stolpersteine, auf die im Folgenden kurz einzugehen ist, sondern sie führen auch zu einer **besonderen Form der Abhängigkeit**. Denn je nach Bedeutung der Individualsoftware für den Betrieb des Auftraggebers ist dieser in teilweise durchaus kritischem Maße nicht nur von der erstmaligen Erstellung dieser Software abhängig, sondern nach der Implementation auch von Pflege und Wartung solcher Software. Die dann häufig zu beobachtende Abhängigkeit von dem Softwarelieferanten führt regelmäßig auch zu wirtschaftlichen Konsequenzen (wie überhöhten Entgelten etwa bei Überarbeitung oder Ergänzung der Software).

Aus Praxissicht sind die folgenden Elemente eines derartigen Projektes kritisch:

- Beginn des Projektes vor Vertragsschluss
- das Lasten- bzw. Pflichtenheft (bzw. Vertragsgegenstand-, Vertragspflichten)
- Dokumentation
- Andere wesentliche Inhalte des Vertrages (namentlich Vergütung, Änderungen der Anforderungen, Abnahme, Gewährleistung/Haftung, Rechte an der Software, Implementation)
- Wartung und Pflege

Bei der Beschäftigung mit der Problematik ist es hilfreich, sich zunächst noch einmal die Situation auf Seiten des Auftraggebers einerseits und des Software-Herstellers andererseits vor Augen zu führen. Aus Sicht des Unternehmens sind Budget und Zeit eine knappe Ressource. Dennoch soll die Software in der Regel alles können und perfekt laufen. Problem bei der Definition von „alles können“ ist jedoch, dass das Unternehmen häufig noch gar nicht weiß, welche Möglichkeiten die Software bietet und welche betrieblichen Prozesse dadurch berührt und gegebenenfalls geändert werden (und damit im Zuge einer Interaktion wiederum die Anforderungen an die Software ändern). Viele dieser Fragen werden regelmäßig erst im Laufe des Projektes (gegebenenfalls auch in vorvertraglichen Diskussionen) offenbar. Diese Unsicherheit wird durch die Ausgangssituation des Softwarehauses nicht erleichtert, weil dieses grundsätzlich aus eigener Sicht alle Probleme lösen kann, die Lösung aber abhängig ist von Zeit und Geld. Die Individualisierung durch den Kunden ist Kern der Bemühungen und damit zugleich Problem (frei nach dem Motto: „Der Kunde steht im Mittelpunkt – und damit immer im Weg“). Darüber hinaus steht das Softwarehaus – analog zu der Situation des Auftraggebers – vor dem Problem, dass es bei Start des Projektes häufig ebenfalls noch nicht weiß, was für den Auftraggeber die richtige Lösung ist. Daher wäre für das Softwarehaus am besten ein Vertrag mit offenem Leistungsinhalt und zeitabhängiger Vergütung. Diese kurze Skizzierung des Rahmens zeigt bereits, **dass die gegenseitigen Interessen kaum gegensätzlicher sein könnten**. Häufig wird dies nicht ausreichend realisiert, was im Laufe des Projektes zu kleinen und großen Katastrophen führt.

Eines der erfahrungsgemäß größten Probleme entsteht bereits beim Projektbeginn, weil die vorskizzierten Unsicherheiten dazu führen, dass die Parteien „einfach anfangen“, obwohl wesentliche Grundlagen noch nicht geklärt sind (das gilt sowohl für den Leistungsinhalt als auch die vertraglichen Regelungen). Aus dem Interessengegensatz folgt, dass ein Kooperationsbeginn vor Vertragsschluss ebenso wenig die richtige Lösung sein kann wie der Vertragsschluss ohne ausreichende Leistungsbeschreibung (insbesondere mangels Verständnis beider Parteien von der erforderlichen Leistung). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Software-Ersteller sein Wissen über den Betrieb des Auftragge-

bers und dessen Wünsche auch nur von diesem erhalten kann. Ebenso kann der Auftraggeber sein erforderliches Wissen über die konkreten softwaretechnischen Erfordernisse und Möglichkeiten wiederum nur von dem Fachmann (also dem Softwarehaus) erhalten. Dieses Wissensgefälle muss beseitigt werden, um die erforderliche Kooperation auf eine vernünftige (vertragliche) Basis zu stellen. Dies ist sicher auch eine Frage der Kommunikation, aber eben auch der ordnungsgemäßen vertraglichen Lösung. Um die hierbei auftretenden Probleme nicht in das eigentliche Projekt (und den Projektvertrag) zu verschieben, bieten sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten an:

- Entweder wird eine Vereinbarung über die erste Phase des Projekts (also namentlich die Leistungsbestimmung und die Erstellung des Lastenhefts) getroffen, bevor der eigentliche Projektvertrag geschlossen wird oder
- der Projektvertrag wird zwar unmittelbar über das ganze Projekt geschlossen, es gibt aber klar definierte Leistungsphasen, und der Vertrag kann ohne weitere Sanktionen frühzeitig beendet werden, soweit man sich nicht über die offenen Fragen einigen kann.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit und Bedeutung eines ordentlichen **Leistungs- oder Pflichtenhefts** kann auf die Ausführungen in Teil 1 dieser Serie verwiesen werden (Newsletter Nr. 33). Dabei ist zu betonen, dass sich das Pflichtenheft nicht auf eine Leistungsbeschreibung beschränken sollte, sondern auch eine praktikable Strukturierung des Projekts mit einer eindeutigen Abfolge der verschiedenen Phasen und klaren Zuständigkeiten beinhalten muss. Dazu gehören die Abstimmungsprozesse, aber auch Methoden zur Messung des Projektfortschritts und die Fälligkeit eventueller Abschlagszahlungen. Auch Themen wie Fristen, Meilensteine und Zwischenergebnisse sind mit dem Pflichtenheft eng verknüpft und müssen immer im Gesamtzusammenhang betrachtet werden. Häufig wird auch verkannt, dass das Pflichtenheft nicht vom Softwarehaus bereit zu stellen ist, sondern dass es sich hierbei um eine typische Aufgabe des Auftraggebers handelt. Auch insoweit sollte die Einbeziehung (namentlich eventuelle Prüfungspflichten) des Softwarehauses bei der Erstellung des Pflichtenheftes geregelt werden. Hierbei kann man sich auch etwa an Vorschriften wie § 3 Ziffer 3 VOB/B orientieren, also dem Auftragnehmer beispielsweise auferlegen, dass dieser die betrieblichen Gegebenheiten und Erfordernisse beim Auftraggeber erforscht sowie die Richtigkeit und Vollständigkeit von dessen Vorgaben prüft.

Auch der Dokumentation kommt mit Blick auf die oben angesprochene Abhängigkeit eine erhebliche Bedeutung zu. Diese ist im Vertrag sorgfältig zu regeln, da lediglich die **Anwendungsdokumentation** von der Rechtsprechung als selbstverständliche Pflicht der Softwareerstellung angesehen wird. Zu der wesentlichen Dokumentation, die ein Auftraggeber etwa brauchen kann, wenn er sich vom Softwarehaus später einmal lösen will, gehören aber z.B. auch die Installationsbeschreibung, der Quellcode (mit Programmbeschreibung und Kommentierung), die Beschreibung der Entwicklungsumgebung (sowie diese gegebenenfalls selbst), die bei Generierung/Kompilierung entstandenen Ergebnisse, die Testergebnisse, der Befund bei Anpassung/Einstellung der Software, die Datenreferenzen und das Datenmodell, die Wartungs- und Pflegedokumentation, dazugehörige Administrator-Anweisungen und das Betriebskonzept. Der Inhalt und Umfang dieser Dokumentation ist so sorgfältig wie möglich zu beschreiben, auch dass die Dokumentation verständlich sein muss. Darüber hinaus sollte die Dokumentation so beschaffen sein, dass der Kunde damit in der Lage ist, mit kleineren Bedienungsfehlern zurecht zu kommen und einen ordnungsgemäßen Zustand herzustellen.

Die anderen wesentlichen Inhalte des Vertrages wie Vergütung, Gewährleistung/Haftung und auch die Abnahme als wesentliches Erfordernis eines derartigen Vertrages dürften einleuchtend sein. Wichtig sind daneben aber noch die Regelung für den Fall, dass der Auftraggeber während des Projektes Änderungen verlangt (oder der Auftragnehmer diese für erforderlich erachtet), und eine Vereinbarung hinsichtlich der Rechte an der Software (einschließlich des Quellcodes). Zu bedenken ist, dass Leistungen, die nicht vom ursprünglichen Vertragsumfang (also Pflichtenheft) umfasst gewesen sind, regelmäßig gesondert vergütet werden müssen. Analog zu der baurechtlichen Problematik von „Nach-

trägen/Behinderungsfolgen“ hat diese Komponente nicht nur einen Vergütungsaspekt, sondern (namentlich bei Meilensteinen oder sonstigen Fristen) gegebenenfalls auch Auswirkungen auf die Leistungszeit.

Der **Quellcode** hat wesentliche Bedeutung insbesondere dann, wenn der Auftraggeber so mit den Leistungen des Auftragnehmers unzufrieden ist, dass er die weitere Betreuung in andere Hände geben will, oder auch im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers. Der Anspruch auf Herausgabe des Quellcodes muss nach der Rechtsprechung ausdrücklich zugunsten des Auftraggebers vereinbart sein, ansonsten besteht eine Herausgabepflicht nicht. Dabei muss (analog zur Erstellung des Pflichtenheftes) am besten genau niedergelegt werden, was wann herauszugeben ist. Wichtig ist insoweit eine projektsynchrone Hinterlegung mit klarer Aussonderung der Kopie des jeweiligen Projektstandes verbunden mit einer Regelung zur Einräumung der erforderlichen Rechte. Teilweise werden hierbei auch entsprechende Escrow-Vereinbarungen geschlossen, wo dann der Quellcode bei entsprechenden Institutionen hinterlegt (oder auch dort fachlich überprüft) wird. Wesentlicher Bestandteil des Vertrages sollte dann auch eine klare Regelung hinsichtlich der Implementation der Software im Betrieb des Auftraggebers sein (insbesondere entsprechende Schulungen der Anwender).

Ist die Software einmal (mehr oder weniger erfolgreich) programmiert und installiert, geht es nach der Implementation in den Regelbetrieb über. Erfahrungsgemäß wird der Auftraggeber erst in dem anschließenden Zeitraum Stärken und Schwächen der Software adäquat beurteilen können, die Software muss entsprechend gewartet und gepflegt (u.a. entsprechend fortentwickelt) werden. Soweit in diesem Zeitraum Probleme auftauchen, die einen Mangel darstellen und damit der Gewährleistungsverpflichtung unterfallen können, sind diese zu komplex, um in der vorliegenden Übersicht angemessen dargestellt werden zu können. Bedeutsam ist jedoch, dass der Auftraggeber auch die Problematik der **Pflege der Software** im Auge behält. Die Besteller dürfen sich dabei zwar nicht der Illusion hingeben, dass sie mit der Pflege eine Art „Sorglos-Paket“ bekommen, das in wirtschaftlicher Hinsicht quasi die Gewährleistung verlängert. Dies dürfte (angesichts der fast schon naturgemäßen Mangelhaftigkeit von Software) ein Traum bleiben. Wesentlicher Aspekt ist daher eher die Sicherung der langfristigen Anwendung der Individualsoftware. Auch beim Pflegevertrag ist die Leistungsdefinition von grundlegender Bedeutung für den Erfolg. Daneben spielen namentlich Laufzeit, Preisbildung bei längere Laufzeit und Exit-Möglichkeiten für den Auftraggeber (einschließlich einer etwaigen Haftung des Auftragnehmers) eine große Rolle, weil die Abhängigkeit des Auftraggebers von der Software (und damit von den Leistungen des Softwarehauses) im Laufe der Nutzungsjahre eher zunimmt.

**Weitere Informationen: RA Dr. Fabian Schuster, Tel.: +49 (211) 68 78 88-28**

**Email: [schuster@ra-ps.biz](mailto:schuster@ra-ps.biz)**

## Gesellschaftsrecht

### Reform des GmbH-Rechts

Wie bereits im Newsletter 38 angekündigt, stellen wir in diesem Beitrag den Referentenentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), welches Ende 2007 in Kraft treten soll, vor. Ziel der Reform ist es, die GmbH insbesondere für den deutschen Mittelstand attraktiver zu machen und so den Wirtschaftsstandort Deutschland zu stärken.

Nach Angaben des Bundesjustizministeriums gibt es in Deutschland ca. 1 Mio. GmbHs. Die Rechtsform wird insbesondere von mittelständischen Unternehmen favorisiert. In letzter Zeit hat die GmbH jedoch zunehmend Konkurrenz durch GmbH-ähnliche Gesellschaften aus den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, insbesondere der Limited nach englischem Recht bekommen. Zurückzuführen ist dieser Umstand auf das so genannte „Inspire Art“-Urteil des EuGH vom 30.09.2003, in dem der

EuGH festgestellt hat, dass Gesellschaften aus den Mitgliedsstaaten auf Grund der EU-weiten Niederlassungsfreiheit auch in Deutschland tätig werden dürfen und dabei ihr Heimatrecht für sie anwendbar bleibt. Wohl nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist eine Reform des GmbH-Rechts geplant, welche sich im Wesentlichen auf die folgenden Punkte konzentriert:

- Das Mindestkapital einer GmbH wird künftig von 25.000,00 € auf 10.000,00 € gesenkt. Damit soll dem Wandel des Wirtschaftslebens Rechnung getragen werden: Die Mehrzahl der Neugründungen sind nicht mehr Produktionsunternehmen, sondern Unternehmen aus dem Dienstleistungssektor, die oft weniger Startkapital benötigen. Auch ist beachtlich, dass in der Höhe des Stammkapitals oft ein Nachteil der GmbH im Vergleich zur Limited gesehen wird.<sup>1</sup> Weiterhin muss das Stammkapital nicht mehr, wie bisher, in Stammeinlagen von mindestens 100,00 € bzw. Einheiten von mindestens 50,00 € (vgl. § 5 Abs. 1 und Abs. 3 GmbHG) aufgebracht werden.
- Ein weiterer wichtiger Schritt zur Modernisierung der GmbH besteht darin, deren Handelsregistereintragungen zu erleichtern und zu beschleunigen. Deshalb ist geplant, für GmbHs, deren Unternehmensgegenstand genehmigungspflichtig ist – wie beispielsweise Handwerks- und Restaurantbetriebe oder Bauträger – die Eintragung in das Handelsregister nicht mehr davon abhängig zu machen, dass bereits bei der Anmeldung die staatliche Genehmigungsurkunde vorliegt (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG), damit nicht das langsamere Verfahren das Tempo bestimmt. Als in der Praxis relevanter wird sich jedoch eher die beabsichtigte Beschleunigung von Gründungen von Ein-Personen-GmbHs herausstellen: Die derzeit geltende Regel, nach der eine Ein-Personen-GmbH erst dann in das Handelsregister eingetragen werden kann, wenn der Gesellschafter für den noch nicht erbrachten Teil seiner Stammeinlage – es muss bei der Gründung nämlich lediglich die Hälfte des Stammkapitals aufgebracht werden – eine Sicherung bestellt hat, soll wegfallen.
- Bislang können GmbHs keinen Verwaltungssitz im Ausland haben, da § 4 a Abs. 2 GmbHG verlangt, dass Sitz der GmbH der Betriebs- oder Verwaltungsort ist. Durch die Streichung des § 4 a Abs. 2 GmbHG soll es deutschen Gesellschaften jedoch nunmehr ermöglicht werden, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt und auch im Ausland liegen kann.
- Des Weiteren soll die komplexe Materie des Eigenkapitalrechts (§§ 30 ff. GmbHG) vereinfacht und dereguliert werden. Die Eigenkapitalvorschriften bezwecken im Wesentlichen, dass das Eigenkapital der GmbH vor dem Zugriff durch die Gesellschafter geschützt wird. Dies wird bislang insbesondere bislang dadurch bewirkt, dass unter Umständen durch die Gesellschafter gewährte Kredite nicht als Darlehen, sondern als Eigenkapital behandelt werden. Eine solche Unterscheidung zwischen kapitaleretzenden und „normalen“ Gesellschafterdarlehen soll im Zuge der GmbH-Reform aufgehoben werden.
- Um Missbrauchsfälle zu bekämpfen, sind darüber hinaus noch eine Reihe von Einzelmaßnahmen geplant: So soll im Handelsregister zukünftig eine zustellungsfähige Geschäftsadresse eingetragen werden. Weiterhin sollen die Gesellschafter im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft – also wenn die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr hat – verpflichtet sein, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen.

Diese in dem Referentenentwurf des MoMiG enthaltenen Vorschläge sind insgesamt begrüßenswert. Einerseits erleichtern sie insbesondere die Gesellschaftsgründung, andererseits bleibt die GmbH eine

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch *Römermann*, „Die Limited in Deutschland – Eine Alternative zur GmbH“, NJW 2006, S. 2065 ff.

Gesellschaftsform, die den Gläubigern eine gewisse Sicherheit bietet. Es bleibt somit zu hoffen, dass die Vorschläge zügig umgesetzt werden.

**Weitere Informationen: RAin Birgit Kemper, Tel.: +49 (211) 68 78 88-88**

**Email: [kemper@ra-ps.biz](mailto:kemper@ra-ps.biz)**

### Die chinesische „VO zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ (ÜV)

China fördert weiterhin ausländische Investitionen, setzt aber mit der neuen „Verordnung zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ (ÜV) vom 08.09.2006 jetzt eine viel höhere Schwelle für Unternehmensübernahmen durch ausländische Investoren. Es handelt sich um eine interministerielle Verordnung, die unter der Federführung des Handelsministeriums ausgearbeitet worden ist und am 08.09.2006 in Kraft tritt.

Die ÜV ersetzt die „Vorläufige Verordnung zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ (VÜV) vom 12.04.2003. Die VÜV, die nur 26 Paragraphen enthält, ist im Rahmen einer heftigen Debatte über die starke Zunahme von Übernahmen durch Ausländer scharf kritisiert worden. Dabei geht es vor allem um angesehene Staatsunternehmen, die von ausländischen Investoren erworben wurden, oder an denen Ausländer Anteile erworben haben. Die Kritik verweist auf Gefahren für die nationale Wirtschaftssicherheit, erhebliche Verluste für das Staatsvermögen sowie monopolistische Machtkonzentrationen auf dem chinesischen Markt in der Hand ausländischer Wirtschaftsgiganten und wendet sich letztlich gegen die Richtung, die die Wirtschaftsreform in den letzten Jahren genommen hat .

Vorweg waren erst am 30.06.2006 und am 13.07.2006 zwei Entwürfe der neuen ÜV veröffentlicht und zur Diskussion gestellt worden. Überraschend ist die ÜV dann aber schon am 08.08.2006 von sechs Behördenleitern (des Handelsministeriums, der Staatsvermögenskommission, der Steuerverwaltung, der Wertpapieraufsichtskommission, der Staatlichen Industrie- und Handelsverwaltung und der Staatlichen Devisenverwaltung) unterzeichnet und gemeinsam erlassen worden. Die VÜV war seinerzeit von dem jetzt ins Handelsministerium eingegliederten Außenhandelsministerium und von der Steuerverwaltung, der Staatlichen Industrie- und Handelsverwaltung und der Staatlichen Devisenverwaltung erlassen worden.

Die ÜV setzt in sechs Kapiteln und 61 Paragraphen die Grundprinzipien für Übernahmen durch ausländische Investoren, Grundsätze und Verfahren für die Anmeldung und Genehmigung solcher Übernahmen, Regeln für die Leistung der Investitionen bei Übernahmen von Beteiligungen sowie Regeln für die kartellrechtliche Prüfung und Ausnahmen davon fest. Geändert haben sich gegenüber der alten VÜV insbesondere drei Eckpunkte:

Erstens soll nun festgestellt werden, wer die „reale Kontrolle“ über beteiligte Unternehmen hat. Dabei geht es zunächst um sog. „falsche Ausländer“ unter den ausländischen Investoren: Viele „ausländische“ Investoren sind in Wirklichkeit chinesische Firmen, die im Ausland oder jedenfalls außerhalb des Währungsgebiets des Renminbi eine „shell company“ gegründet haben und kontrollieren, unter deren Namen sie dann wieder in China investieren und damit in den Genuss der Vorzugsbehandlung für Unternehmen mit ausländischen Investitionen kommen. Nach der neuen ÜV muss geklärt werden, wer tatsächlich die beteiligten Unternehmen kontrolliert, und auf dieser Grundlage muss dann das Handelsministerium über die Genehmigung entscheiden.

Zweitens ist in der neuen Verordnung zum ersten Mal verankert, dass ausländische Investoren inländische Unternehmen durch den Erwerb von Aktien übernehmen können. Dabei geht es vorwiegend

um an ausländischen Börsen gehandelte Aktien chinesischer Unternehmen. Im Zusammenhang damit finden sich auch materiell- und verfahrensrechtliche Vorschriften für „Gesellschaften mit Sonderzweck“ (Special Purpose Vehicle, SPV), d.h. ausländische Gesellschaften, die von chinesischen inländischen Gesellschaften oder natürlichen Personen gegründet worden sind, um ihre inländischen Unternehmen im Ausland an die Börse zu bringen oder zu kontrollieren.

Drittens ist eine kartellrechtliche Prüfung beim Handelsministerium vorgesehen. Da in China zwar seit über zehn Jahren an einem Kartellgesetz gearbeitet wird, ein solches aber immer noch nicht verabschiedet worden ist, gibt die ÜV detaillierte Regeln zur kartellrechtlichen Prüfung vor. Zunächst sieht § 12 ÜV vor, dass alle Übernahmen durch ausländische Investoren unter Angabe der „realen Kontrolle“ über die Beteiligten dem Handelsministerium zur Genehmigung vorzulegen sind, wenn die Übernahme einen „wichtigen Wirtschaftszweig“ betrifft oder die nationale Wirtschaftssicherheit erheblich berührt oder dazu führt, dass die „reale Kontrolle“ über berühmte oder traditionell angesehene chinesischen Marken auf eine andere Person übergeht. Weiterhin behandelt das ganze 5. Kapitel die allgemeine kartellrechtliche Prüfung. Es enthält detaillierte Kriterien zur Feststellung der Marktmacht bzw. Marktkonzentration, u.a. nach dem jährlichen Umsatz, nach Marktanteilen und nach der Zahl der in dem vergangenen Jahr übernommenen Unternehmen.

Die Regeln der ÜV zu Fusionen und Übernahmen bringen wichtige Fortschritte, auch wenn sie sich ausschließlich auf Übernahmen durch ausländische Investoren beziehen. Freilich ist zu kritisieren, dass hier einseitig der Markteintritt ausländischer Investoren erschwert wird, während die Regierung gleichzeitig tatsächlich – ohne Zusammenhang mit der ÜV – die Fusion inländischer Staatsunternehmen verstärkt vorantreibt. Auch weist die ÜV erhebliche Lücken auf. Nicht näher geregelt ist z.B., was unter „wichtigen Wirtschaftszweigen“ oder „nationaler Wirtschaftssicherheit“ zu verstehen sein soll. Fristen für Genehmigungsverfahren sind nur lückenhaft geregelt. Das Handelsministerium hat damit für die Genehmigung einer angemeldeten Übernahme einen viel zu großen Ermessensspielraum. Da überdies das Handelsministerium in Zukunft auch wohl Prüfungsbehörde für inländische Fusionen und Übernahmen werden wird, ist eine erhebliche Belastung dieser Behörde und damit die Verzögerung von Genehmigungsverfahren zu befürchten.

**Weitere Informationen: Yiliang Dong, Tel.: +49 (211) 68 78 88-20**

**Email: [dong@ra-ps.biz](mailto:dong@ra-ps.biz)**

## Arbeitsrecht

### Unwirksamkeit einer formularvertraglich vereinbarten Ausschlussklausel

Mit seinem Urteil vom 01.03.2006, Az. 5 AZR 511/05, hat das BAG eine richtungsweisende Entscheidung zu der in der Praxis sehr relevanten Problematik der Ausschlussklausel in Arbeitsverträgen getroffen. Ausschlussklauseln sollen bewirken, dass Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nur innerhalb eines bestimmten, relativ kurzen Zeitraums geltend gemacht werden können. Im Ergebnis wird damit die Verjährung solcher Ansprüche verkürzt. Häufig wird zur Bestimmung des Zeitpunkts, mit dessen Verstreichen Ansprüche nicht mehr erhoben werden können, an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses angeknüpft.

Im dem Urteil zugrunde liegenden Fall enthielt der Arbeitsvertrag des klagenden Arbeitnehmers die folgende Klausel: *„Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis müssen von beiden Vertragsteilen spätestens innerhalb eines Monats nach Beendigung schriftlich geltend gemacht werden. Anderenfalls sind sie verwirkt.“* Der beklagte Arbeitgeber hatte während der Dauer des Arbeitsverhältnisses den Stundenlohn des Arbeitnehmers einseitig gekürzt. Ca. zwei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

erhob der Arbeitnehmer Klage und machte die Vergütungsdifferenz zwischen dem vertraglich vereinbarten und dem tatsächlich gezahlten Stundenlohn geltend.

Die Klage war über alle drei Instanzen hinweg erfolgreich. Auch das BAG hat bestätigt, dass der Arbeitnehmer den Anspruch zu Recht erhebt. Das BAG weist zunächst darauf hin, dass der Arbeitgeber den Stundenlohn nicht einseitig ohne Ausspruch einer Änderungskündigung herabsetzen konnte. Der Anspruch des Klägers auf die Differenz war somit unproblematisch dem Grunde nach gegeben. Es stellte sich lediglich die Frage, ob der Anspruch, der ca. zwei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht wurde, auf Grund der Ausschlussfrist, die die Geltendmachung von Ansprüchen lediglich innerhalb eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlaubte, ausgeschlossen war. Dies hat das BAG verneint:

Die oben zitierte Klausel ist nach Ansicht des BAG unwirksam. Zwar können in Formulararbeitsverträgen Ausschlussfristen vereinbart werden. Deren Wirksamkeit bestimmt sich nach den §§ 305 ff. BGB. Da in diesen Vorschriften Ausschlussfristen nicht generell für unwirksam erklärt werden, kommt es darauf an, ob sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche Benachteiligung hat das BAG für die vorliegende Klausel bejaht. Diese stellt nämlich nicht darauf ab, ob die Ansprüche zu dem Zeitpunkt der Verwirkung erkennbar und durchsetzbar sind. Dies sei mit dem im Verjährungsrecht des BGB zum Ausdruck kommenden Grundgedanken unvereinbar, wonach für den Beginn der Verjährungsfrist Voraussetzung ist, dass der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen konnte. Dies wird von der streitgegenständlichen Klausel nicht berücksichtigt.

Das Urteil des BAG dürfte erhebliche Relevanz für die Praxis mit sich bringen. Es empfiehlt sich für jeden Arbeitgeber, die in den eigenen Formulararbeitsverträgen gegebenenfalls verwendete Ausschlussklausel zu überprüfen und bei Bedarf zu ändern.

**Weitere Informationen: RAin Birgit Kemper, Tel.: +49 (211) 68 78 88-88**  
**Email: [kemper@ra-ps.biz](mailto:kemper@ra-ps.biz)**

## Telekommunikation (Recht, Ökonomie, Technik)

### Überwindung regulatorischer Asymmetrien im Mobilfunk durch Bill & Keep?

Über das Thema Bill & Keep als mögliches Instrumentarium für zukünftige Ausgestaltung von Abrechnungsszenarien zwischen Netzbetreibern hatten wir bereits im Newsletter Nr. 38 berichtet. Dieses Konzept entwickelt sich immer mehr von einer abstrakten Idee hin zu Anwendungen und Lösungsmöglichkeiten für konkrete Einzelfälle. Insbesondere dort, wo es heute erhebliche Asymmetrien zwischen unterschiedlichen Netzbetreibertypen in den Zusammenschaltungsverhältnissen gibt, erscheint der Umstieg auf Bill & Keep zum Ausgleich solcher Asymmetrien und zur Schaffung einer zukunftsfähigen, ausgewogenen Basis erwägenswert.

Das jüngste Beispiel hierfür ist eine in Hongkong stattfindende Diskussion. Dort wird im Rahmen einer laufenden Konsultation auf der Grundlage von Untersuchungen der Regulierungsbehörde und ihrer Berater festgestellt, dass die bestehenden Asymmetrien zwischen Fest- und Mobilfunk auf Grund der Interconnection-Regelungen der Entwicklung hin zu Fest-Mobil-Konvergenz im Wege stehen und daher durch eine Veränderung des Regimes aufgelöst werden sollten. Interessanterweise sind die Probleme, die in Hongkong bestehen, genau entgegengesetzt den Problemen, über die in Europa diskutiert wird. In den Märkten „vor unserer Haustür“ bestand und besteht aus Sicht vieler Festnetzbetreiber das Problem (zu) hoher Terminierungsentgelte für Verbindungen in den Mobilfunk. Die sich ergebende Asymmetrie zu den Festnetzzusammenschaltungsentgelten kann den Effekt haben, dass die Mobil-

funknetzbetreiber die Terminierungsentgelte für Quersubventionierungen zugunsten vergünstigter Endgeräte, niedriger On-Net-Tarife und niedrigerer Mobil-Fest-Tarife einsetzen können.

In Hongkong ist die Situation umgekehrt. Dort zahlt der Mobilfunknetzbetreiber für Fest-Mobil-Gespräche (Receiving Party's Network Pays), und IC-Entgelte fließen auch an den Festnetzbetreiber für Gespräche in die umgekehrte Richtung. Hinzu kommt, dass die Zusammenschaltungsverbindungen (ICA) vollständig von den Mobilfunknetzbetreibern zu bezahlen sind. Das Receiving Party's Network Pays Principle gilt im Übrigen auch für Mobil-Mobil-Verbindungen.

Die Regulierungsbehörde untersucht die Auswirkungen dieses Regimes auf die Entwicklung zur Fest-Mobil-Konvergenz. Dabei sieht die Behörde unterschiedliche Schritte in diese Konvergenz, beginnend mit der Preisbündelung von festen und mobilen Diensten über die Dienstekonvergenz (bei der einige gemeinsame Dienste sowohl über Fest- als auch über die Mobilnetze angeboten werden), über die 3. Stufe der Gerätekonvergenz bis zur 4. Stufe, der Netzkonvergenz, bei der feste und mobile Dienste über ein gemeinsames IP-Transportnetz laufen und eine gemeinsame Plattform für die Dienstentwicklung und -kontrolle verwendet wird. Internationale Untersuchungen und Vergleiche haben ergeben, dass die 4. Stufe der Konvergenz noch in keinem anderen Land erreicht worden ist, jedoch einige Länder bei den anderen drei Stufen bereits relativ weit voran geschritten sind, insbesondere Großbritannien und Dänemark. Die Regulierungsbehörde von Hongkong sieht die bestehende Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte im Festnetz als wesentliches Hindernis für die Realisierung weiterer Fest-Mobil-Konvergenz an und schlägt deshalb vor, das Interconnection-Regime in Bezug auf die Zahlungen zu ändern. Dabei kommt sie zu dem Ergebnis, dass nicht nur das gegenwärtig in Hongkong geltende Regime Ungleichgewicht schafft (die Mobilfunknetzbetreiber leisten Nettzahlungen an die Festnetzbetreiber in Höhe von 600 Mio. Hongkong-Dollar pro Jahr), sondern dass auch das in Europa angewandte Modell von Calling-Party's-Network-Pays nicht zielführend ist, weil es erstens hohe Transaktionskosten verursacht, zweitens davon auszugehen ist, dass es zu niedrigeren Endkundenentgelten und reduzierter wirtschaftlicher Wohlfahrt führt, und weil es drittens ebenfalls keine Möglichkeit zu einer vernünftigen Entwicklung hin zu Fest-Mobil-Konvergenz erlaubt. Mit anderen Worten: Es ist genau so asymmetrisch (in diesem Fall in Europa zugunsten der Mobilfunknetzbetreiber) wie das in Hongkong gegenwärtig angewandte Modell.

Aus diesem Grund wird angeregt (und konsultiert), ob es nicht sinnvoll wäre, für die bestehenden Zusammenschaltungsverhältnisse Fest-Mobil auf ein Bill & Keep-System umzusteigen. Nach Untersuchungen der Behörde ist das Bill & Keep-Prinzip dasjenige, das vor dem Hintergrund der gesetzlichen Zielsetzungen und dem Wunsch, die Fest-Mobil-Konvergenz zu fördern, die besten Ergebnisse liefert. Insbesondere treten in diesem Modell sehr niedrige Transaktionskosten auf, was die Fest-Mobil-Konvergenz unterstützt.

Übertragen auf den europäischen Markt stellt sich die Frage, ob man den Schlussfolgerungen der Behörde in Hongkong zustimmen kann. Mit Bill & Keep würden auch auf dem deutschen Markt (bzw. den europäischen Märkten) für Fest-Mobil-Verbindungen bestehende Ungleichgewichte an der Wurzel gepackt. Die Quersubventionierung des Mobilfunks durch die Festnetzbetreiber würde beendet, und eine technologieneutrale Regulierung würde es beiden Bereichen ermöglichen, sich unverzerrt zu entwickeln und auch entsprechende konvergente Produkte zu entwickeln. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass ein derartiger Eingriff disruptiv wäre – zum einen, weil es eine massive, unmittelbare Änderung der Zahlungsflüsse und der Geschäftsmodelle bedingen würde, zum anderen, weil es eine Umstellung wäre, die noch kein anderes EU-Land vollzogen hat. Für den ersten Punkt bedeutet das, dass die Mobilfunknetzbetreiber natürlich auch andere Elemente ihrer Produktangebote anpassen müssten. Es würde ohne Zweifel zu Preiserhöhungen auf der Endkundenseite kommen, um Kompensation zu erreichen. Zum zweiten Punkt wäre es sehr schwer, eine derartige Änderung durchzuführen, wenn die umgebenden Länder keine Systemumstellung vornehmen und daher bei internationalen Verbindungen Auszahlungen zu leisten wären. Schon diese Betrachtung zeigt, dass eine Umstellung

auf Bill & Keep zwar eine Reihe wirtschaftlich interessanter Eigenschaften hat, dennoch zahlreiche praktische Probleme zu lösen wären, bevor eine solche Umstellung effektiv wirken kann. Wie problematisch gerade der letzte Aspekt ist, konnte man zuletzt bei der Diskussion über die geplante Verordnung zu International Roaming erkennen.

**Weitere Informationen: Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48**

**Email: [ruhle@psc-ag.biz](mailto:ruhle@psc-ag.biz)**

### ITS Regional Conference Amsterdam

Vom 22.08. bis 24.08.2006 fand in Amsterdam die 17. europäische Konferenz der International Telecommunications Society (ITS) statt. Wieder einmal hatten sich über 120 Teilnehmer aus den Reihen der Betreiber, Regulierungsbehörden, Universitäten, Forschungsinstituten etc. zusammengefunden, um über technische, ökonomische und sozialwissenschaftliche Aspekte der Entwicklung der Telekommunikation und der Medien zu sprechen. Eine thematische Eingrenzung fällt dabei schwer, denn angesichts der technischen Umwälzungen erweitern sich die Fragestellungen auch immer mehr auf IT, Applikationen und Rundfunk. In insgesamt fünf parallelen Tracks wurden über 100 Vorträge gehalten und Papiere vorgestellt. An dieser Stelle soll auf einige wenige ausgewählte Aspekte der Konferenz eingegangen werden.

Wie immer stellte der Themenkreis „Regulierung“ einen Schwerpunkt der Konferenz dar. Neben einem Überblick über die vergangenen acht Jahre der Telekommunikationsregulierung auf europäischer Ebene von Prof. Jens Arnbak, dem früheren Leiter der niederländischen Regulierungsbehörde, in der Plenary Session zu Beginn wurden vor allem Themen der Gegenwart diskutiert. Im Vordergrund standen dabei insbesondere Fragen der Vorleistungsregulierung auf Breitbandmärkten. Mehrere praktisch orientierte sowie auch theoretische Papiere adressierten gerade das Thema des Breitbandzugangs als Vorleistungsprodukt und der richtigen Marktabgrenzung (z.B. in- oder exklusive Kabelnetze) und der Preissetzung in einem heterogenen Feld verschiedener Produkte (Teil-, Line-Sharing, Bitstream Access, Resale etc.). Auch das Thema network neutrality scheint in Europa angekommen zu sein und wurde intensiv diskutiert. Hier wie auch in den technischen Papieren, die sich zentral und sehr umfassend mit der Frage von next generation networks, IP-Netzen und dem zukünftigen Zusammenwirken verschiedener Netze, physischer Ebenen sowie Dienste- und Anwendungsebenen befassten, zeigten sich die bestehenden Unsicherheiten, die es gegenwärtig im Markt gibt. Die große Zahl an Veränderungen auf technischer Ebene und die hohe Geschwindigkeit des Wandels sowie die damit angestoßenen Entwicklungen in Bezug auf die Märkte für Telekommunikationsdienste, aber auch Endgeräte, Applikationen etc. bringen eine erhebliche Unklarheit mit sich, was den Ausblick auf künftige, ertragreiche Geschäftsmodelle betrifft. Niemand hat ein einfaches Erklärungsmodell für diese Abläufe und Prozesse. Fast alle Beobachter suchen noch nach einer allgemein erklärenden Theorie, mit der die komplexen Entwicklungen auf technischer und wirtschaftlicher Ebene analysiert und bewertet werden können. Dabei spielt neben der Umstellung auf next generation networks und IP-Netze auch die inzwischen gegebene Möglichkeit der multiplen Zugangsnetze (insbesondere über breitbandigen drahtlosen Internetzugang) eine wesentliche Rolle.

Einen wichtigen Aspekt bildete auch das Thema Mobilfunk. Im Vordergrund stand nicht mehr wie in der Vergangenheit u.a. die Diskussion über Mobilfunkterminierungsentgelte, sondern über neue Mobilfunkgeschäftsmodelle, hier insbesondere über Mobile-TV bzw. Mobile-Internet. Dabei spielte auch die Frage eine Rolle, ob und inwieweit es zu einer Konvergenz zwischen Festnetz und Mobilfunk kommt bzw. die Substitution des Festnetzes durch den Mobilfunk voranschreitet oder durch die Festnetze aufgehalten werden kann. Auch hier war die Zahl der Fragen größer als die der Antworten.

Erfreulich war der erhebliche Anteil an „nicht-europäischen“ Papieren. Dabei kamen viele Erfahrungsberichte aus den USA, aber insbesondere auch aus Korea und Japan, die gerade für den Mobilfunk aufzeigten, wie die Entwicklung auch in Europa weiter gehen kann. Darüber hinaus ist Südkorea auch ein Beispiel für eine sehr starke Entwicklung des Breitbandmarktes.

Piepenbrock ♦ Schuster waren mit zwei Papieren auf der Konferenz vertreten. Herr Dr. Schütze trug über das Thema „Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch von Individuen gegenüber Mitgliedstaaten zur Förderung der wirksamen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts – am Beispiel rechtswidriger TK-Regulierungsentscheidungen“ vor, in dem es um Fragen der Staatshaftung gegenüber Unternehmen als Betroffenen von Regulierungsentscheidungen ging. Des Weiteren gab es ein Paper der Herren Dr. Ruhle, Lundborg und Kittl zum Thema der erwarteten Auswirkungen des neuen Rechtsrahmens auf den Wettbewerb, das sich intensiv mit dem Review des gegenwärtig bestehenden europäischen Rechtsrahmens und seinen möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb befasste.

Insgesamt eine Konferenz mit vielen interessanten Papieren in einer Zeit großen Wandels und Unsicherheit. Weitere Informationen, insbesondere auch die Papiere und teilweise auch die Folien können unter <http://www.itseurope.org> abgerufen werden.

**Weitere Informationen: Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48**  
**Email: [ruhle@psc-ag.biz](mailto:ruhle@psc-ag.biz)**

## Probleme der umsatzsteuerlichen Branchenlösung

### • Der Hintergrund

Mit der Öffnung des Telekommunikationsmarktes für Wettbewerber wurde die Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiberauswahl in Deutschland geschaffen. Der Erfolg insbesondere der Call-by-Call-Dienste, die regelmäßig von Millionen von Verbrauchern in Anspruch genommen werden, lag und liegt darin, dass die Abrechnung dieser Leistungen über die Telefonrechnung der Deutsche Telekom AG (DTAG) erfolgen kann, obwohl die Leistung von den Wettbewerbern erbracht wird. Damit die DTAG eine von der Finanzverwaltung akzeptierte Rechnung im Sinne des Umsatzsteuergesetzes erstellen kann, erließ das Finanzministerium Nordrhein-Westfalen in Abstimmung mit dem Bundesfinanzministerium und den Finanzministerien der Länder am 02.03.1998 einen Erlass (**Umsatzsteuerliche Branchenlösung**), nach dem die von der DTAG fakturierten Leistungen der Verbindungsnetzbetreiber umsatzsteuerrechtlich wie Leistungen der DTAG zu behandeln sind.

Gleiches gilt für so genannte offline gebillte Mehrwertdienste (0190-0, 0900). Auch hier kauft nicht die DTAG die Leistungen beim VNB ein, um sie an ihre Endkunden zu veräußern; vielmehr erwirbt der VNB lediglich die Zuführungsleistung (den Anruf vom Kunden im Netz der DTAG bis zu seiner Netzgrenze). Leistungserbringer ist somit gegenüber dem Endkunden nicht mehr die DTAG, sondern der VNB bzw. unter Umständen – je nach Gestaltung – der Diensteanbieter selbst (den vom BGH aufgeworfenen Aspekt, dass aus Kundensicht nicht der VNB, sondern der Diensteanbieter, allenfalls der TNB als Vertragspartner und Leistungserbringer erscheine (Urteil vom 28.07.2005, Az. III ZR 3/05, MMR 2005, S. 597 ff.), lassen wir an dieser Stelle außen vor). Diese Leistungskette entspricht derjenigen der Verbindungsnetzbetreiber-Auswahl. Daher wurde die umsatzsteuerliche Branchenlösung mit Erlass vom 06.09.2000 auf die offline gebillten Mehrwertdienste ausgedehnt.

Ist in der Leistungskette ein Unternehmen im Ausland ansässig, so bestimmt die Branchenlösung, dass der erste im Inland eingeschaltete Unternehmer das Abzugsverfahren zu bedienen bzw. von der so genannten Nullregelung Gebrauch macht. Hierdurch wird eine „**Umsatzsteuerflucht**“ ins Ausland verhindert.

**Es besteht Einigkeit** zwischen den Finanzverwaltungen der Bundesländer, den Wettbewerbern und der DTAG, dass einzig die Branchenlösung ein Procedere darstellt, die von ihr betroffenen Telekommunikations- und Telefonmehrwertdienste umsatzsteuerrechtlich praktikabel und ohne Steuerverluste zu behandeln. Ohne diese Regelung müssten die zum Vorsteuerabzug berechtigenden Rechnungen dem jeweiligen Nutzer vom jeweiligen VNB oder gegebenenfalls sogar vom Diensteanbieter erstellt werden. Dies ist jedoch nicht möglich, da weder beim offenen Call-by-Call noch bei den Mehrwertdiensten der eigentliche Leistungserbringer den Anrufer namentlich kennt und die für eine umsatzsteuerrechtlich korrekte Rechnung erforderlichen Angaben des Kunden hat. Der in § 21 Abs. 2 TKG garantierte Anspruch und in § 45 h TKG näher ausspezifizierte Anspruch auf eine einheitliche Fakturierung in der Telefonrechnung des TNB würde damit unmöglich gemacht. Zudem würde die Möglichkeit geschaffen, dass durch Verlagerung des Leistungserbringers, insbesondere bei den Mehrwertdiensten ins Ausland, dem Fiskus die gesamte Umsatzsteuer für den erbrachten Content verloren ginge.

- **Das Problem**

Das **Finanzgericht Düsseldorf** hat in einem Eilverfahren (5 V 238/06 A (U)) mit Beschluss vom 17.05.2006 erklärt, die Branchenlösung sei mit dem Umsatzsteuergesetz (UStG) unvereinbar, denn die in der Branchenlösung enthaltene **Fiktion der Leistungserbringung** durch den TNB könne **nicht durch einen schlichten Erlass** eines Landesfinanzministeriums begründet werden.

In dem Verfahren hatte (angeblich) eine Liechtensteiner Gesellschaft den Mehrwertdienst unmittelbar an die Endkunden der DTAG in Deutschland verkauft. Dies führt nach Ansicht des Finanzgerichts dazu, dass der Umsatz in Liechtenstein und nicht in Deutschland der Umsatzsteuer unterliegt. Die **gesamte Umsatzsteuer geht danach dem deutschen Staat verloren**. Hierdurch wird es möglich, sich der Steuerpflicht im Inland zu entziehen und die Steuer als Unternehmen für sich zu vereinnahmen: da die DTAG beim Kunden den Bruttobetrag inkassiert und weitergibt, kann zukünftig eine in Deutschland zwischengeschaltete Gesellschaft die 16 %, respektive sogar 19 % für sich vereinnahmen und behalten. **Sollte das Finanzgericht auch in dem endgültigen Urteil zu diesem Ergebnis kommen, wäre die Branchenlösung nicht mehr anwendbar**. Ohne diese Regelung würden allein im Bereich der Telefonmehrwertdienste mit einem Volumen von ca. € 1,5 Milliarden Umsatz pro Jahr Umsatzsteuerausfälle für den Fiskus in Höhe von bis zu € 285 Millionen pro Jahr zu befürchten sein, wenn die Mehrwertdiensteanbieter, dem Fall des FG Düsseldorf folgend, eine Auslandsgesellschaft einschalten, um die beim Endkunden „mitinkassierte Umsatzsteuer“ zu vereinnahmen und dem deutschen Fiskus vorzuenthalten. Im Bereich der vorsteuerabzugsberechtigten deutschen Telefonkunden wäre eine Geltendmachung der bezahlten Umsatzsteuer als Vorsteuer unmöglich. Kurz: der Schaden für die Verbraucher, die deutsche Volkswirtschaft und den Staatshaushalt wäre unerträglich.

- **Die Lösung**

Unter Zugrundelegung der Ansicht des Finanzgerichts Düsseldorf kann die der Branchenlösung zugrunde liegende **Fiktion daher nur durch den Gesetzgeber** vorgenommen werden. Derartige Fiktionen sind dem Gesetz nicht fremd. Nach eingehender Erörterung mit dem Finanzministerium Nordrhein-Westfalen haben sich daher Wettbewerber und DTAG auf folgende im Kern von der DTAG vorgeschlagene Formulierung verständigt, mit der die Branchenlösung im Rahmen des TKG-Änderungsgesetzes gesetzlich geregelt werden könnte. § 45 h TKG wird um folgenden Absatz 4 ergänzt:

*„(4) Die nach Absatz 1 im eigenen Namen abgerechneten Leistungen gelten gemäß § 3 Absatz 11 UStG als an und von dem rechnungsstellenden Unternehmen erbracht.“*

Durch diese gesetzliche Regelung würde das im TKG verankerte und aus Verbraucher-, Wettbewerbs- und Marktsicht bewährte Prinzip sichergestellt, dass die über den Telefonanschluss in An-

spruch genommenen Leistungen verschiedener Anbieter einheitlich abrechnet werden können, ohne dass dem Staat die Mehrwertsteuer verloren geht.

**Weitere Informationen: RA Hermann-Josef Piepenbrock, Tel.: +49 (211) 68 78 88-18**  
**Email: [piepenbrock@ra-ps.biz](mailto:piepenbrock@ra-ps.biz)**

### BVerwG: Nach deutschen Vorgaben kommt Ex-ante-Mobilfunkentgeltregulierung zwei Jahre zu spät

Am 30.08.2006 hat die Bundesnetzagentur in ihrer Presseerklärung verlautbaren lassen, dass die Behörde mit der Regulierungsverfügung für den Markt 16 (Ex-ante-Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk) ihren „am Verbraucherinteresse orientierten Kurs konsequent fortsetze“ (Presseerklärung der BNetzA unter [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de)). Wenn man dagegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.08.2006 (6 C 17.05) konsequent zu Ende denkt, dann kommt diese Regulierung zwei Jahre zu spät. Die Endkundenpreise hätten schon vor zwei Jahren drastisch fallen und damit gleichzeitig die Wettbewerbschancen der Festnetzbetreiber und der kleineren Mobilfunknetzbetreiber gegenüber den beiden großen Anbietern Vodafone und T-Mobile erheblich gestärkt werden können. Der Präsident der Bundesnetzagentur, Herr Matthias Kurth, hatte sich in der Vergangenheit jedoch wiederholt gegen eine Regulierung ausgesprochen, vgl. bspw. Handelsblatt vom 26.01.2004 („Kurth will Regulierung der Handynetzbetreiber verhindern“).

Nach Auffassung des BVerwG stellt sich entgegen der Meinung der Behörde aber die Frage, ob die Bundesnetzagentur die Mobilfunkterminierungsentgelte in dem Zusammenschaltungsverfahren zwischen Festnetzbetreiber und der Vodafone D2 GmbH nicht bereits für den Zeitraum ab dem 01.07.2004 nach dem strengen Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gem. §§ 24, 25 TKG 1996 hätte regulieren müssen. Das Gericht neigt zu dieser Interpretation, die auf einer weiten Auslegung des § 150 Abs. 1 S. 3 TKG basiert, die das BVerwG bereits in dem Verfahren Az.: 6 C 14.05, vertreten hat (vgl. zur weiten Auslegung von § 150 Abs. 1 TKG, *Schütze*, CR 2004, 816; *ders.*, CR 2005, 870).

Das Verfahren ist jedoch noch nicht abgeschlossen: Zuvor muss erst noch der EuGH über die ihm vom BVerwG gem. Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage entscheiden, ob die europäischen Vorgaben einem deutschen Gebot zur strengen Kostenregulierung entgegenstehen. Bereits in dem Verfahren 6 C 14.05 hatte das BVerwG einen solchen Vorlagebeschluss bezüglich der Auslegung der Übergangsregelung aus § 150 Abs. 1 TKG gewählt. Somit ist zunächst abzuwarten, wie der EuGH sich in dieser Frage positionieren wird.

**Weitere Informationen: RA Dr. Marc Schütze, Tel.: +49 (211) 68 78 88-80**  
**Email: [schuetze@ra-ps.biz](mailto:schuetze@ra-ps.biz)**

## Informationsgesellschaft (Medien, Content, Digitalisierung)

### “Regulating” Information Society in China - The EU-China Information Society Project

What is “Information Society”? As the effort to define a term of such epic proportions will most likely end in an embarrassing experiment of plugging too many catchwords into too few lines, the question might benefit from being approached from another direction: What should a project strive to achieve whose target has been defined as “fostering Information Society in China”?

It should try to enable people to make the best of it, and what that means is much easier to explain as it merely requires a look into people's everyday lives. In an environment where lack of competition leads to high prices and poor quality, the effects of inadequate "regulation" can immediately be felt. This can be observed in the case of telecommunication markets for example. In other areas, such as new software developments or the uptake of online communities, the effect is less apparent, but equally serious.

Modern society requires these services as key inputs, and market failure in one area causes competitive disadvantages in another. But societies suffer much more than merely commercial disadvantages if they cannot participate in the global Information Society. Borderless communications and virtual communities have become a cultural phenomenon of thus far unimaginable dimension. Those individuals who are able to grasp the opportunities can become part of this new culture and use the tools for shaping their private as well as their business life. Those who cannot join the club do not just miss a new trend: what they miss is the gateway to the next generation's way of living and working. No modern society can afford this.

When comparing the European and the Chinese regulatory frameworks, the most striking difference (unsurprisingly) is that the two regions come from completely different starting points. In Europe, and within the EU in particular, a continuous process of revising the respective regulatory provisions on telecommunications, data protection, consumer protection, and so on can be observed over the decades, based on an initial agreement on what the common principle for market intervention should be – to reap the benefits of competition while ensuring a minimum standard of social security. The situation in China, on the other hand, could not be more dissimilar. The starting point for all considerations were state-owned enterprises that defied all rules of competition and that first need to undergo a slow transition process towards competitiveness before they can be exposed to anything like real competition. Rule of law, a crucial prerequisite for planning reliability and investment incentives, is newly established and far from being on a level that foreign enterprises would be used to from their home countries. And the social security network, one important prerequisite for many individuals to take the risk of entrepreneurship, is still in a nascent stage.

All these aspects have nothing to do with Information Society in particular, but they have everything to do with the development of Chinese society at large. Everything is happening at the same time, the pace of a core part of Chinese society catching up with the Western level of industrialisation and living standards is without example. Also hard to grasp is how strongly these various levels of development put stress on the seams of Chinese society, with millions of people still living without electricity, not to speak of online access, while others race ahead on the information highway. People jump into "Information Society" without warning: the ubiquitous availability of information, the equally ubiquitous desire for information, and the increasing inability of the individual to get control over the floods of information that come in and go out. The industrialised West took its time to work through the old media into the new media, and the people had a chance to grow abilities and to become acquainted with new features and applications. This learning curve must be much shorter for China, and not just for the citizens wanting to use information, but also for companies wanting to provide it – and for the government that wants to put a regulatory framework around it. Part of this latter venture involves bringing in foreign experts to share the knowledge from more experienced regions.

The EU-China Information Society Project was set up between the EU Commission and the Chinese government (namely the Ministry of Commerce as executing agency and the State Council Information Office as implementing agency) in August 2005 to do exactly that: bring in expertise in a wide variety of fields in relation to the "Information Society" phenomenon, and find ways to make this experience most beneficial to the Chinese counterparts. In order to do this most efficiently, the project was divided into two main pillars: Component A dedicated to a variety of regulatory topics with central

government authorities, and Component B supporting a number of e-government demonstration projects in various parts of the country.

These two components have direct and indirect connections. The direct link goes through the immediately visible regulatory provisions that e-government projects need to consider, i.e. the legal situation on personal data protection, information security, or electronic contracts must be known to everybody who sets up an e-government project, in particular when the application involves online transactions or other forms of personalised services. The indirect relationship, however, is no less important and its reach goes far beyond government. If a maximum number of citizens and enterprises are to use e-government applications and hence allow the government departments to draw the maximum benefit from the modernization process, then availability of these services and ability of people to use them must also be maximized. This calls for programmes to bridge the digital divide, for media and computer literacy initiatives, but also for a telecommunication policy that fosters competition in networks and services and for an internet governance regime that encourages people to utilize their own web resources at affordable prices and in reliable conditions.

While this whole range of issues is beyond the EU-China Information Society Project's ability to resolve, the effort will be to support the specific requirements of the respective Chinese government departments working on several key topics. By bringing in European experts, collecting EU best practice examples and presenting them during workshops and seminars, a better understanding of the current gap between Information Society developments in China and the EU will be sought. Based on these findings, a roadmap for the next steps China can take can be developed. There is no such thing as first-best 'prescriptive' solutions that can be carried to China and implemented as they are. Instead, this project aims to analyse the specifics of the Chinese administration and government system, and facilitate cooperation between European and Chinese experts in order to bring forward the European examples in a way that is actually useful and applicable to China.

In order to improve the level of mutual knowledge and understanding that is required for this, the creation of personal experiences through internships, study tours, and research exchanges will play an important part. The website [www.eu-china-infso.org](http://www.eu-china-infso.org) has just started to become an information pool for all these activities, with a growing number of documentations of events, recommendations of academic literature, and documentation of respective legal frameworks. A news section in the form of a news weblog will constantly document Information Society developments in China, in the EU, and in particular on the bridge between the two. This project crucially relies on input, as this range of topics can only be properly addressed by a network of experts all over Europe and China contributing their expertise. It will be interesting to see whether, by the end of the project in the summer of 2009, the Chinese government has managed to grasp this opportunity to learn from Europe's best and worst practices, and whether the rather chaotic way into "Information Society" has found its focus and perspective.

**Contact:**

Dr. Thomas Hart  
Regulatory Expert  
EU-China Information Society Project  
6/F CCID Plaza, 66 Zizhuyuan Lu  
Haidian District, Beijing 100044, China  
Phone +86 (10) 8855 8060 ext. 34  
[thart@eu-china-infso.org](mailto:thart@eu-china-infso.org)  
[www.eu-china-infso.org](http://www.eu-china-infso.org)

## Entwurf eines Telemediengesetzes

Der Entwurf des Telemediengesetzes ist eines der heißen Themen nach der parlamentarischen Sommerpause. Der Entwurf des Telemediengesetzes ist das Herzstück des „Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetzes“ (EIGVG). In dem zukünftigen Telemediengesetz werden das Teledienstegesetz (TDG), das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) und der Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) aufgehen. Daneben wird mit Blick auf die Aufhebung des MDStV durch die Länder der Rundfunkstaatsvertrag geändert.

Zum Hintergrund des Vorhabens ist darauf hinzuweisen, dass die Materie, die zukünftig durch das Telemediengesetz geregelt wird, gegenwärtig auf drei verschiedene Regelungswerke verteilt ist. Diese Verteilung ergab sich auf Grund der föderalen Staatsorganisation der Bundesrepublik Deutschland und führte in der Praxis immer wieder zu Abgrenzungsfragen, die letztlich eher pragmatisch als rechtlich einwandfrei gelöst worden sind. Während die Bestimmungen im materiellrechtlichen Teil des TDG/TDDSG einerseits und des MDStV andererseits wenig voneinander abweichend waren, so ergaben sich für den aufsichtsrechtlichen Bereich Unterschiede.

Bzgl. des Inhalts des neuen Telemediengesetzes (TMG) lassen der Entwurf sowie auch die Begründung dazu bereits erkennen, dass im Wesentlichen die Regelungen des TDG, des TDDSG und des MDStV unverändert übernommen werden sollen. Da die Regelung in diesen Regelungswerken größtenteils inhaltsgleich sind, ist dies auch recht leicht möglich. Gleichwohl werden Veränderungen vorgenommen:

Zunächst wird der Begriff Telemediendienst (TMD) definiert. Telemediendienste sind demnach alle „elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste“, sofern sie nicht – vereinfacht formuliert – Telekommunikation oder Rundfunk sind. Völlig neu ist dieser Begriff jedoch nicht, da er bereits in den Jugendschutzgesetzen verwendet wird. Die zuvor vereinfacht dargestellte Abgrenzung zur Telekommunikation und zum Rundfunk steht gegenwärtig – zu Recht – in scharfer Kritik. Denn die Abgrenzung, wie sie in dem Entwurf vorgesehen ist, würde für die Praxis wieder Unklarheiten nach sich ziehen.

Die unter dem Stichwort Impressum bekannten allgemeinen Informationspflichten, die sich bisher sowohl aus dem TDG als auch dem MDStV ergaben, sollen zukünftig dahingehend klargestellt werden, dass sie nur für Telemediendienste gelten, die „in der Regel“ gegen Entgelt erbracht werden. Damit sollen Private und altruistische Idealvereine von der Pflicht ausgenommen werden.

Des Weiteren soll eine Regelung zur Bekämpfung von Spam eingeführt werden (§ 6 Abs. 2 TMG-E). Diese Regelung entspricht einer Regelung, die bereits zwei Mal als „Anti-Spam-Gesetz“ vorgeschlagen wurde. Diese sieht vor, durch die Erhöhung von Transparenz Spam zu bekämpfen. Verstöße sind mit Bußgeldern sanktioniert. Ziel ist es, dass der Empfänger nicht durch die Absenderangabe und/oder die Betreffzeile über den kommerziellen Charakter getäuscht wird. Versehentliche Verstöße sollen nicht sanktioniert werden, weshalb die Regelung auf ein absichtliches Verschleiern und/oder Verheimlichen des kommerziellen Charakters abstellt. Trotz des aner kennenswerten Ziels, Spam zu bekämpfen, stößt die Regelung unter zwei Gesichtspunkten auf erhebliche Kritik: Zum einen ist die Regelung handwerklich so schlecht formuliert, dass sie unklar ist und damit erhebliche Anwendungsprobleme für die Praxis nach sich zieht. Entscheidend ist aber, dass diese Regelung nicht im Stande sein wird, die Ausbreitung von Spam zu verhindern, sondern allein die inländische Wirtschaft erheblich belastet. Denn de facto sind „Spammer“ zu über 90 % im Ausland ansässig. Von mit Bußgeldern bewehrten erhöhten Transparenzvorgaben lassen sie sich weder an dem Versenden von „Spam“ hin-

den, noch sind sie dazu zu veranlassen, sich so kenntlich zu machen, dass eine Rechtsverfolgung gegen sie möglich wäre.

Die bisher in dem TDG und dem MDStV geregelten Haftungsprivilegierungen, die je nach Tätigkeit des Dienstleisters abgestuft sind, werden ebenfalls im Wesentlichen aus dem TDG und dem MDStV übernommen. Hier sollte der Gesetzgeber nicht die Gelegenheit versäumen, das in der Rechtsprechung immer wieder aufgetretene Unterlaufen der Haftungsprivilegierungen auszuschließen, indem die Regelungen klarstellend angepasst werden. Denn die Rechtsprechung hat im Ergebnis zwischenzeitlich so genannten Host-Providern entgegen den gesetzlichen Vorgaben Prüfpflichten und proaktive Überwachungsmaßnahmen aufgebürdet. Wenn der Gesetzgeber diese Rechtsprechung jetzt nicht durch klarstellende gesetzliche Regelungen korrigiert, so könnte sich zukünftig die Rechtsprechung geradezu darauf berufen, dass der Gesetzgeber durch das Unterlassen von Änderungen ihre Ansicht bestätigt habe.

Da sich das TMG derzeit noch im Entwurfsstadium befindet, ist es geboten, sich mit den Inhalten des Gesetzes dezidiert auseinander zu setzen, um die noch zu beseitigenden Problemfelder zu identifizieren und im Wege der politischen Einflussnahme auf Klarstellungen und sachlich angemessene, in der Praxis handhabbare Regelungen hinzuwirken.

**Weitere Informationen: RA Jens Eckhardt, Tel.: +49 (211) 68 78 88-98**  
**E-Mail: [eckhardt@ra-ps.biz](mailto:eckhardt@ra-ps.biz)**

## Termine

06.-07.11.2006    Govern IT 2006, COMPUTAS Konferenzkombination  
 Berlin            Steigenberger Hotel Berlin  
 Internet:        [www.computas.de](http://www.computas.de)

01.12.2006       Seminar „Aktuelle Probleme des Informationsrechts“  
 Köln:            Best Western Premier Hotel Regent, Melatengürtel 15, 50933 Köln  
 Internet:        [http://www.otto-schmidt.de/seminare\\_840\\_323234.html](http://www.otto-schmidt.de/seminare_840_323234.html)

25.-27.09.2006    9. IIR-Jahreskongress für die Telekom-Branche  
 Wien            Media Quarter Marx Tv- und Veranstaltungszentrum, Maria-Jacobi-Gasse 1, 1030  
                     Wien  
 Internet:        <http://www.iir.at/agenda.cfm?EventID=K3070S&EventType=a&Day=9&NavbarID=19024>

18.-20.09.2006    WiMax and Wireless Broadband Technologies Forum  
 Berlin  
 Internet:        <http://www.marcusevans.com/EVENTS/telecomsCFEventinfo.asp?RecID=11047>

                    Driving Mobile Television  
                     High Level Seminar from the DVB Project  
 Brüssel        Autoworld Museum, Brussels  
 Internet:        <http://www.dvb-h.org/seminar/>

Impressum

Rechtsanwälte Piepenbrock ♦ Schuster  
Achenbachstr. 73, 40237 Düsseldorf  
Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-68

und

Piepenbrock ♦ Schuster Consulting AG  
Besuchsadresse: Schumannstraße 62, 40237 Düsseldorf  
Postanschrift: Achenbachstr. 73; 40237 Düsseldorf  
Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-33  
Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf  
Vorstand: Dr. Ernst-Olav Ruhle  
Aufsichtsratsvorsitzender: Dr. Fabian Schuster  
Amtsgericht Düsseldorf HRB: 49559

eMail: [newsletter@ra-ps.biz](mailto:newsletter@ra-ps.biz), URL: <http://www.piepenbrock-schuster.biz>

Die Rechtsanwälte der Sozietät Piepenbrock & Schuster sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u.a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Vergütungsgesetz für Rechtsanwälte (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung, deren Texte u.a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.