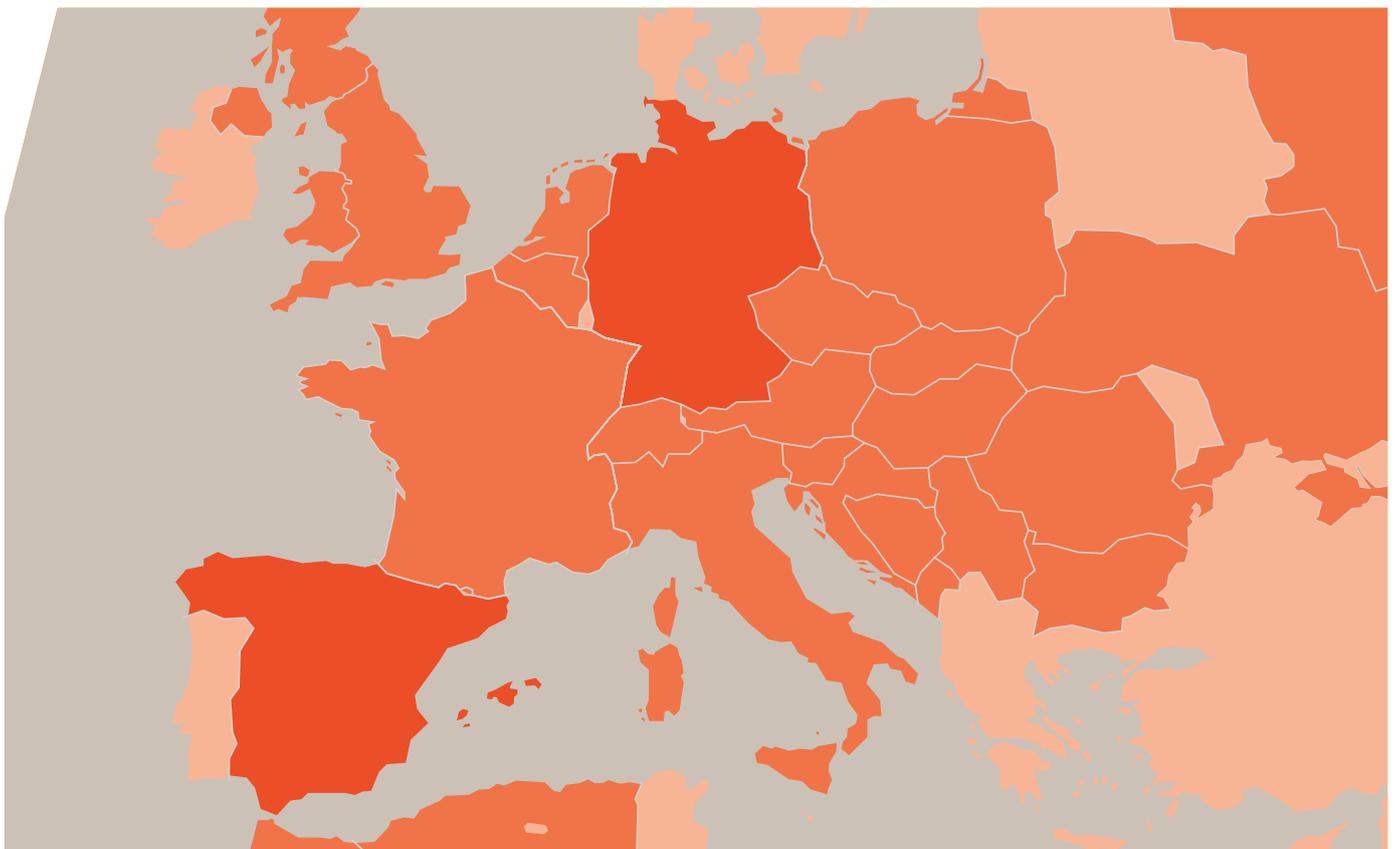


update

DEUTSCH-SPANISCHE GRUPPE / GRUPO HISPANO-ALEMÁN

MAI/MAYO 2010



**Aktuelle Informationen der
Deutsch-Spanischen Gruppe**

Noticias del Grupo Hispano-Alemán

Editorial

Spanien kämpft und Deutschland wächst bereits wieder, das ist eine vermutlich zu vereinfachende Beschreibung der aktuellen Situation in der Wirtschaftskrise. Tatsächlich ist die Lage differenzierter, so dass wir es auch in der täglichen Rechtsberatung mit ganz unterschiedlichen Konstellationen zu tun haben.

Dementsprechend versuchen wir erneut, mit unserem aktuellen Update der Deutsch-Spanischen Gruppe die ganze Breite des Wirtschaftsrechts abzudecken und möglichst viele Themen von bilateralem Interesse aufzugreifen. Nach der durchgängig positiven Resonanz auf unser letztes Update enthält

die neue Ausgabe noch mehr Informationen. Wir hoffen, dass für jeden unserer Leser etwas dabei ist.

Auch diesmal informieren wir zum deutschen Recht ausschließlich in spanischer Sprache und zum spanischen Recht nur in deutscher Sprache. Nur einige allgemeine Informationen sind in beiden Sprachen gehalten. Für Ihr Feedback hinsichtlich dieses Konzepts sind wir dankbar und werden uns natürlich weiterhin um Verbesserung bemühen.

Auch für alle anderen weitergehenden Fragen stehen wir Ihnen persönlich jederzeit zur Verfügung. Sie können sich entweder

unmittelbar an die Autoren, Ihre gewohnten Ansprechpartner oder auch an die Deutsch-Spanische Gruppe unter ihren zentralen E-Mail-Adressen germandesk@cms-asl.com beziehungsweise spanishdesk@cms-hs.com wenden.

Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre!

DR. MICHAEL BRÜCK,
DR. LUIS MIGUEL DE DIOS,
DR. ANDREAS OTTO

Mientras España sigue luchando, Alemania empieza a crecer de nuevo, así podría definirse, de manera muy simplificada, la situación actual de la crisis económica. No cabe duda de que la situación es muy distinta en ambos países, de modo que en el asesoramiento legal del día a día, también tenemos que tratar con situaciones bien diferentes.

Con nuestro último ejemplar del Update del Grupo Hispano-Alemán intentamos cubrir, una vez más, los diferentes ámbitos del Derecho Económico y recoger el máximo de temas de interés bilateral que sean posibles. Tras el positivo eco de

nuestro último boletín, la nueva edición contiene aún más información. Esperamos poder satisfacer a todos nuestros lectores.

En esta ocasión, seguimos informando sobre Derecho alemán en español y sobre Derecho español en alemán. Únicamente algunas cuestiones generales aparecen en ambos idiomas. Estaremos encantados de recibir sus comentarios relacionados con nuestro boletín y, por supuesto, seguiremos esforzándonos en realizar mejoras en el futuro.

Quedamos a su disposición para aclarar cualquier duda que pueda surgirles. Pueden

dirigirse directamente a los autores, a su persona de contacto habitual o a la dirección central de correo electrónico del Grupo Hispano-Alemán: german-desk@cms-asl.com o spanishdesk@cms-hs.com.

Les deseamos una lectura provechosa.

Atentamente,

MICHAEL BRÜCK,
LUIS MIGUEL DE DIOS,
ANDREAS OTTO

La nueva regulación de las indemnizaciones por clientela en Alemania

Las indemnizaciones por clientela que los empresarios deben cumplir frente a los agentes comerciales, distribuidores oficiales o empresas franquiciadas que dejen de trabajar para esos empresarios siempre han sido cuantiosas. Estas indemnizaciones se encuentran reguladas en el Art. 89 b del Código Mercantil alemán (HGB) desde 1953, el cual, desde su introducción, había permanecido invariable en su esencia. Ahora, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha declarado que estas disposiciones son incompatibles con la «directiva europea de agentes comerciales». La autoridad legislativa alemana no ha tardado en reaccionar y ha adaptado el Art. 89 b del HGB al texto de la directiva. Por ahora, no son previsibles los efectos que esto puede ocasionar en el cálculo del derecho de indemnización por clientela de agentes comerciales, distribuidores oficiales y empresas franquiciadas. Solo se está de acuerdo en que para el empresario puede resultar aún más caro.

El Art. 89 b del HGB sirvió como modelo al Consejo de la Comunidad Europea al decretar la directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros

en lo referente a los agentes comerciales independientes («Directiva del agente comercial» – HVR). Sin embargo, la HVR se aparta en cierta medida de la redacción del Art. 89 b del HGB en los elementos constitutivos para el cálculo de la cantidad de la indemnización por clientela. A pesar de que los Estados miembros estaban obligados a aplicar la HVR, la autoridad legislativa alemana no había visto hasta el momento la ocasión de adaptar el Art. 89 b del HGB al texto de la directiva (Art. 17 Apdo. 2a) en relación a los elementos para el cálculo del importe de la indemnización. Ahora, con una sentencia del 26 de marzo de 2009 (n.º de expediente C-348/07, «Semen»), el TJCE ha puesto fin a esta particular situación que se daba en Alemania. A raíz de esto, la autoridad legislativa alemana adaptó el Art. 89 b del HGB al texto de la HVR con efectos a partir del 5 de agosto de 2009.

1. ¿Cómo se ha llevado a cabo hasta ahora el cálculo del derecho de indemnización por clientela?

Desde la introducción del Art. 89 b del HGB, la jurisprudencia ha desarrollado principios para realizar el cálculo del importe

correspondiente al derecho de indemnización por clientela. En la versión vigente hasta la fecha, la disposición establecía tres factores para el cálculo de dicha indemnización: (1.) el empresario debía tener ventajas considerables de la cartera de clientes adquirida o intensificada por el agente comercial, (2.) como consecuencia de la resolución del contrato, el agente comercial debía perder las comisiones que hubiera ganado de haber continuado con el contrato y (3.) la indemnización gestionada debía obedecer a la equidad considerando todas las circunstancias. Según jurisprudencia consolidada, debían existir los tres factores de forma acumulativa, es decir, el derecho de indemnización por clientela solo podía originarse por el importe del menor de los tres factores. Por consiguiente, en la práctica, se estableció un método de cálculo, con el que simplemente se omitía la, a menudo, difícil cuantificación de los beneficios del empresario y se calculaba la indemnización principalmente con base en la pérdida de comisión. Una de las «fórmulas» aprobadas por el Tribunal Supremo Federal (BGH) decía que las pérdidas de comisión que sufre el agente comercial como consecuencia de la resolución del contrato, se supondrá, en caso de duda, que son inferiores a los beneficios



del empresario que resulten de la cartera de clientes adquirida o intensificada por el agente comercial. Dado que, de todas formas, solo era determinante el menor importe de los dos, podría haberse ahorrado el difícil cómputo de los beneficios del empresario para el agente comercial ante la dificultad de calcular con precisión tales beneficios. En el caso excepcional de que los beneficios del empresario fueran por una vez inferiores a la pérdida de comisión, el empresario debería especificarlo y demostrarlo en el juicio. Esto no suele suceder. En cualquier caso, puede llegar a ocurrir cuando el empresario reestructura su distribución o su producción, de tal manera que la cartera de clientes dejada por el agente comercial ya no le sirve al empresario. Por eso, en la práctica, se suele calcular esa compensación, de modo simplificado, de la siguiente manera: se determina la comisión del agente comercial con clientes del último año contractual que puedan compensarse; se calcula la comisión sobre un periodo de referencia, que se extendería entre los tres y cinco años siguientes a la resolución de la relación contractual (de la cual deberán descontarse las pérdidas originadas que resulten de la disminución de la clientela, así como los intereses que pudieran haberse

generado), se obtiene la llamada «indemnización provisional» (Rohausgleich), a la cual se aplica el límite legal (llamado «Kappungsgrenze» que corresponde a la media de la remuneración anual del agente comercial de los últimos cinco años). En el caso de los distribuidores oficiales y las empresas franquiciadas se procedió de manera equivalente (al darse las condiciones análogas). En lugar de la comisión, se introdujo una parte del margen de beneficios obtenidos que el distribuidor oficial o la empresa franquiciada tenía marcado.

2. ¿Qué ha cambiado?

La nueva versión del Art. 89 b de la HGB impulsada por el TJCE prácticamente no ha modificado el Art. 17 Apdo. 2 a de la HVR. Las indemnizaciones por clientela se calculan ahora según las ventajas que el empresario obtenga de los clientes adquiridos o intensificados por el agente comercial. No obstante, las indemnizaciones tienen que ser equitativas, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, las comisiones que el agente comercial pudiera perder y que resultasen de las operaciones con dichos clientes. La decisión del TJCE, conocida por el nombre de «Semen», tiene una especial

importancia respecto a la interpretación de la nueva redacción del Art. 89 b HGB. A pesar de que, por lo que se refiere a los detalles, la importancia de la sentencia no resulta tan clara, el hecho de que el agente comercial pierda comisiones es únicamente un elemento para determinar la equidad y la equidad no solo puede llevar a una reducción de la compensación calculada anteriormente, sino también a un aumento de la misma.

3. ¿Cómo va a efectuarse en el futuro el cálculo de la indemnización por clientela?

Mientras que el cómputo de los beneficios del empresario apenas tenía significado práctico, a partir de ahora pasará a ocupar el primer plano del cálculo de la compensación. Sin embargo, el agente comercial podrá continuar calculando la compensación basándose en el método tradicional, ya que se seguirá aplicando la fórmula descrita anteriormente, según la cual, en caso de duda, los beneficios del empresario serían como mínimo tan elevados como la pérdida de comisión del agente comercial. Por consiguiente, el agente comercial podrá seguir empleando los beneficios del

empresario en el cálculo de su pérdida de comisión. Sin embargo, el uso de este método puede llevar a una subida de la indemnización, porque el agente comercial, contrariamente a lo que ocurría antes, no tendrá que limitarse a la mera comisión de mediación, también podrá tomar como base comisiones administrativas.

La nueva versión del Art. 89 b del HGB ofrece además al agente comercial la oportunidad de imponer derechos de indemnización por clientela más elevados en base con los beneficios del empresario hasta alcanzar el límite («Kappungsgrenze») establecido en el Art. 89 b Apdo. 2 del HGB. Sin embargo, el TJCE no dice cómo deben calcularse los beneficios del empresario. Es de suponer que como base deberá tomarse el valor de la clientela como un bien económico inmaterial y comercial, es decir, que deberá determinarse el importe que el empresario alcanzaría aproximadamente para la cesión de la clientela en el marco de un «asset deal». Otra posibilidad podría consistir en calcular las ventajas que el empresario podría alcanzar con esos clientes en el transcurso de una relación de negocios continuada. Sin embargo, la obtención de ventajas no implica necesariamente la obtención de ganancias. Por ello, sería equivocado atender a un criterio basado en las ganancias, ya que la relación de negocios con estos clientes también podría suponer una ventaja en caso de que el empresario no obtuviera ninguna ganancia. Por lo tanto, debería ser correcto basar el cálculo sobre el importe de cobertura de gastos que pueda alcanzarse con estas relaciones de negocios. Aquí se presenta un cálculo que se asemeja al de la pérdida de comisión del agente comercial: la determinación del importe de cobertura de gastos en el último año contractual y su proyección sobre un periodo determinado. La verdadera relevancia crítica de estos métodos de cálculo reside en que las informaciones requeridas, particularmente el cálculo del empresario, no están a disposición del agente comercial. Sin embargo, el empresario estará obligado a otorgar al

agente comercial la información necesaria, incluso cuando, entre tanto, el agente comercial trabaje para la competencia. A menudo, esto dará lugar a que el empresario pague al agente comercial voluntariamente el importe máximo.

En la práctica, todavía no se pueden prever las consecuencias que resultarán de restarle importancia a la pérdida de comisiones y, por otro lado, de aumentar la importancia del criterio de equidad, lo cual podría llegar a implicar un aumento en las indemnizaciones a favor de los agentes comerciales. En teoría, es de suponer que el agente comercial llegue a recibir una compensación sin haber perdido comisiones potenciales como, por ejemplo, cuando, tras finalizar el contrato, siga recibiendo comisiones del empresario o cuando hubiera cobrado una única comisión por la captación de negocios llevada a cabo durante la duración del contrato. La consideración de las circunstancias en el marco de la equidad puede llevar, además, a que aumente la compensación calculada en función de las ventajas del empresario, por ejemplo, cuando, excepcionalmente, las pérdidas de comisión superen los beneficios del empresario. Este tipo de aumentos también podría darse cuando el agente comercial haya mediado en negocios de gran envergadura, pero, debido a que el empresario realizó una entrega defectuosa o poco fiable, no se originó ninguna relación de clientela, ya que los clientes adquiridos se retractaron. Este es uno de los problemas más acusados.

4. ¿Será esto también válido para los concesionarios y las empresas franquiciadas?

La jurisprudencia alemana aplica de forma análoga el Art. 89 b del HGB a concesionarios y otros intermediarios a comisión cuando se dan determinadas condiciones. Sin embargo, la HVR se aplica solamente a agentes comerciales y no a concesionarios, franquiciados u otros distribuidores, de modo que el Art. 89 b del HGB no tiene que ser interpretado de conformidad con la directiva cuando no se

refiere a agentes comerciales. No obstante, en caso de que se dieran las condiciones para aplicar de forma análoga el Art. 89 b del HGB a un concesionario, no habría ningún motivo para aplicar la versión anterior de esa norma. Lo mismo resulta válido para la interpretación que se desprende de la decisión del TJCE conocida por el nombre de «Semen»: esta norma tiene un contenido que debe interpretarse conforme a la decisión del TJCE, la cual será aplicable cuando existan condiciones análogas que afecten a los concesionarios, franquiciados y otros intermediarios de distribución. El BGH, por su parte, parece partir de la aplicación (análoga) de otros artículos de la HVR (Art. 18 HVR, véase el auto de remisión de la 29 de abril de 2009, n.º de protocolo VIII ZR 226/07) a concesionarios. Cabe esperar que en el futuro la finalización de contratos suscritos con concesionarios y franquiciados sea, en muchas ocasiones, más costosa. ■



DR. ROBERT BUDDE

es socio de CMS Hasche Sigle en Colonia
E robert.budde@cms-hs.com



LARS ECKHOFF, LL.M.

es abogado de CMS Hasche Sigle en Colonia
E lars.eckhoff@cms-hs.com

Ausgleichsanspruch für Vertriebshändler in Spanien

Vor dem Inkrafttreten des Handelsvertretergesetzes (Gesetz 12/1992 vom 27. Mai – LCA), das der Umsetzung der Richtlinie 86/653/EWG diente, wurde der Handelsvertretervertrag nach spanischem Recht als atypischer handelsrechtlicher Vertrag angesehen. Die Parteien konnten die Vertragsbedingungen frei bestimmen. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters wurde von der Rechtsprechung in Anlehnung an andere europäische Rechtsordnungen entwickelt. Jetzt hat der Oberste Gerichtshof (Tribunal Supremo) einen Ausgleichsanspruch analog dem LCA auch einem Vertragshändler zuerkannt.

1. Der Handelsvertretervertrag (**Contrato de representación comercial**)

Das LCA enthält weitgehend zwingendes Recht (Art. 3.1 LCA). Art. 28 LCA sieht zum ersten Mal einen gesetzlichen und zwingenden Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters vor.

Bei Beendigung des befristeten oder unbefristeten Vertrages steht dem Handelsvertreter ein Ausgleichsanspruch zu, wenn er während der Vertragsdauer dem Unternehmer neue Kunden beschafft oder den Umsatz mit dem bereits vorhandenen Kundenstamm spürbar gesteigert hat. Ein Ausgleichsanspruch besteht jedoch nur dann, wenn der Unternehmer aus den ehemaligen Aktivitäten des Handelsvertreters auch in Zukunft noch

erhebliche Vorteile ziehen kann und der Ausgleich im Einzelfall der Billigkeit entspricht. Ein Ausgleichsanspruch besteht nicht, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis wegen Nichteinhaltung der vom Handelsvertreter übernommenen Pflichten oder der Handelsvertreter selbst den Vertrag gekündigt hat, es sei denn, dass dem Unternehmer zuzuschreibende Gründe den Ausschlag für die Kündigung gaben oder der Handelsvertreter wegen seines Alters, wegen eines Gebrechens oder einer Krankheit seine Tätigkeit nicht fortsetzen kann. Tritt der Handelsvertreter seine Rechte an einen Dritten ab, so entfällt der Anspruch (Art. 30 c LCA). Der Anspruch wird also wohl als höchstpersönlich angesehen.

Nach dem Gesetz beträgt der Ausgleichsanspruch höchstens eine aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre errechneten Jahresprovision. Hat der Vertrag nicht so lang gedauert, so wird die tatsächliche Vertragsdauer zugrundegelegt. In der Rechtsprechung zeichnet sich eine Tendenz ab, die Ausgleichsansprüche in Höhe des genannten Höchstbetrages festzusetzen.

2. Der Vertragshändlervertrag (**contrato de distribución**)

Der Vertragshändlervertrag ist nicht gesetzlich geregelt. Es handelt sich um einen atypischen Vertrag, so dass die Parteien die Vertragsbedingungen frei bestimmen kön-

nen. Nicht von Parteivereinbarungen geregelte Fragen in diesen Verträgen werden durch analoge Anwendung der Bestimmungen über den Handelsvertretervertrag, die Kommission und weitere Bestimmungen des Handelsrechts gelöst.

Die Parteien können einen Ausgleichsanspruch ausschließen. Wenn die Parteien diesbezüglich nichts vereinbart haben, wendet die neueste Rechtsprechung die Bestimmungen des LCA über den Ausgleichsanspruch analog an. Liegen dessen Voraussetzungen vor, so schuldet der Vertragspartner einen entsprechenden Ausgleich. ■



NEREIDA SÁNCHEZ

ist Rechtsanwältin bei CMS Hasche Sigle in Düsseldorf.

E nereida.sanchez@cms-hs.com

Nueva regulación para la retribución de la dirección

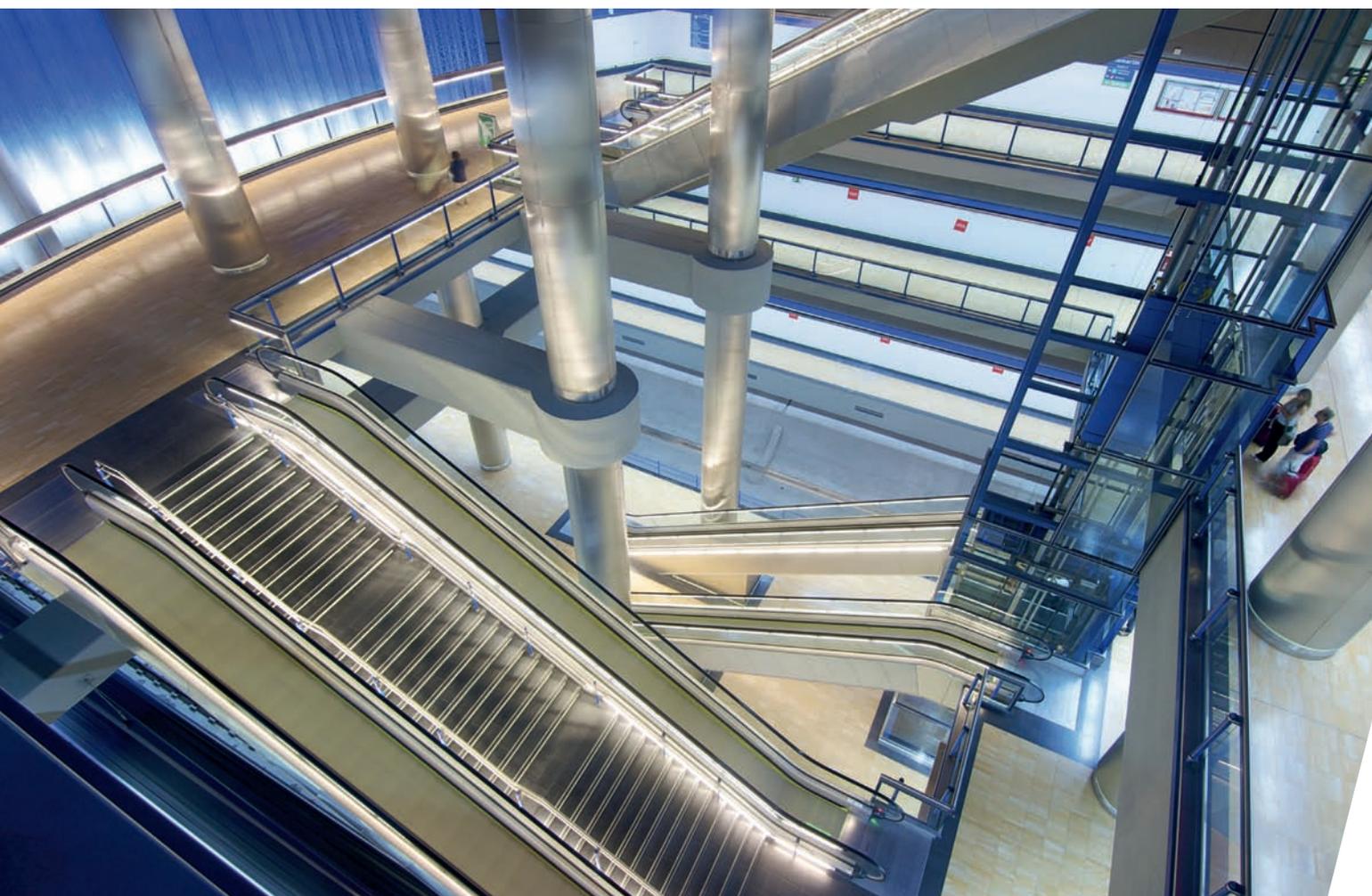
El 5 de agosto de 2009 entró en vigor la ley para ajustar la retribución de los miembros de la dirección (VorstAG). Las novedades más importantes que acompañan a esta ley afectan a los parámetros relacionados con el importe y la estructura de retribución de los miembros de la dirección, con la posición de obligación del consejo de control, así como con la transparencia y publicidad en sociedades que cotizan en bolsa.

El consejo de control fijará la retribución de la dirección. En el futuro, será obligatorio que el consejo de control tome esta decisión en pleno. Esto significa, que no podrá seguir manteniéndose la práctica, hasta el momento extendida especialmente en las sociedades cogestionadas por los trabajadores (Mitbestimmung), de delegar la cuestión de la retribución en un comité formado por algunos de los miembros del consejo de control, para que decida de modo definitivo sobre el tema. Un comité de este tipo podrá seguir realizando actividades meramente preparatorias.

Para acordar el importe total de las retribuciones seguirá siendo válido el vago principio legal de la proporcionalidad de retribución de los miembros de la dirección. Según esto, las retribuciones totales de cada uno de los miembros de la dirección deben guardar una relación apropiada con las

tareas que les hayan sido asignadas, su desempeño y la situación de la sociedad, además – en este aspecto se trata de una novedad – la remuneración «habitual» no deberá sobrepasarse sin un motivo justificado. Se entiende por «habitual» una retribución que pueda encontrarse en otras empresas del mismo ámbito y de igual tamaño en el mismo estado federado (ámbito comparativo horizontal) y, además, una retribución que considere de manera apropiada la estructura de sueldo y asignación dentro de la empresa (ámbito comparativo vertical). El desempeño personal del miembro de la dirección ostenta una mayor relevancia en las prórrogas de contrato. En caso de que los miembros del consejo de control fijen una retribución desproporcionadamente elevada, éstos responderán personal y solidariamente, al menos por el importe que corresponda a la diferencia entre la retribución recibida y la que sería apropiada. La remuneración total se compone de manera regular partiendo de conceptos retributivos fijos (como p.ej. sueldo, primas de seguros) y de participaciones variables, entre las cuales cuentan, por ejemplo: participaciones en los beneficios, comisiones y, en particular, opciones sobre acciones. Aunque estas últimas pueden variar enormemente en su configuración concreta, en el futuro deben orientarse, en su conjunto, hacia los

intereses de la sociedad en un desarrollo empresarial sostenible, de un modo aún más riguroso que el que se ha seguido hasta el momento. Ahora, la ley formula un plazo de suspensión de un mínimo de cuatro años antes de que pueda ejercerse por primera vez una nueva opción de acciones concedida. En el caso de otras retribuciones variables, debe consultarse, al menos, una base de cálculo plurianual. Para poder evitar que, como resultado de situaciones excepcionales, la remuneración de la dirección se vuelva desproporcionada, debe preverse un límite máximo para dicha remuneración. Si la situación económica de la sociedad empeorase de tal modo que el pago íntegro de los importes fijados fuera desproporcionado, el consejo de control también deberá plantearse una reducción de dicha remuneración. En la nueva versión, la ley no contempla que sea requiera un empeoramiento significativo de la situación económica de la sociedad, por lo que se reducen notablemente los requisitos para una corrección de las remuneraciones a la baja. De acuerdo con la nueva redacción de la ley, durante los tres primeros años tras haber cesado el cargo como miembro de la dirección correspondiente, podrán adaptarse por primera vez las pensiones de jubilación, pensiones familiares y otras prestaciones de este tipo a la nueva situación económica.



En el futuro, el importe de las retribuciones concedidas será también importante para la configuración concreta de una póliza de seguro D&O, la cual deberá celebrarse a favor del miembro de la dirección. Sin embargo, la normativa obliga a las partes a prever una franquicia en la póliza de seguro D&O por un importe de, al menos, el 10% de los daños hasta alcanzar un mínimo de 1,5 veces la remuneración anual fija. En la medida en que los contratos de alta dirección no prevean una franquicia, será necesaria su adaptación a las exigencias de la nueva ley antes del 1 de julio de 2010.

Una novedad introducida en la Ley Alemana de Sociedades Anónimas (AktG) es la norma que se refiere al cambio de un miembro de la dirección al consejo de control, algo que en la práctica ocurre muchas veces. Hay que tener en cuenta que el cargo de miembro de la dirección es incompatible con el de miembro del consejo de control y que este principio de incompatibilidad se vería

mermado, en cierto modo, si se pasara un miembro de un órgano al otro. En principio, en el futuro, será posible realizar un cambio interno en la sociedad de acuerdo con esta ley, cuando hayan transcurrido dos años de periodo de reflexión («Cooling-off Periode»). Se considerará una excepción si tiene lugar una elección a propuesta de accionistas que juntos sumen más del 25% de los derechos de voto de la sociedad.

Las normativas se completarán mediante requisitos, en parte de nueva creación y en parte más precisos, sobre la revelación de retribuciones de los miembros de la dirección en el marco de las cuentas anuales de la sociedad y de las consolidadas del grupo. Por ejemplo, ahora también deberán incluirse datos relativos a las prestaciones concedidas al finalizar, antes de tiempo o de manera regular, la actividad de la dirección, así como a las prestaciones dispensadas y concedidas a los miembros que hayan sido cesados en el ejercicio social. ■



DR. JOCHEN N. SCHLOTTER

es socio de CMS Hasche Sigle en Fráncfort.

E jochen.schlotter@cms-hs.com

Spanisches „Umwandlungsgesetz“

Der spanische Gesetzgeber hat die Umsetzung verschiedener europäischer Richtlinien zum Anlass genommen, unter anderem die weit verstreuten Regelungen zu Formwechsel (transformación), Verschmelzung (fusión) und Spaltung (escisión) von Gesellschaften in einem allgemeinen Umwandlungsgesetz (Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, nachfolgend das «Umwandlungsgesetz») zusammenzufassen. Das Umwandlungsgesetz beschränkt sich dabei nicht nur auf die Vereinheitlichung der zuvor in verschiedenen Gesetzen enthaltenen Regelungen, sondern erweitert die bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten um die Ausgliederung (segregación) und die Gesamtabtretung von Aktiva und Passiva (cesión global de activo y pasivo) und vereinfacht und präzisiert diese. Neu und ausdrücklich geregelt ist nunmehr auch die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (fusiones transfronterizas). Eine der ersten Verschmelzungen dieser Art ist aktuell unter Beteiligung verschiedener der CMS-Allianz angehörender Kanzleien erfolgreich abgeschlossen worden. Des Weiteren regelt das Umwandlungsgesetz unter anderem nunmehr zum ersten Mal die Sitzverlegung einer spanischen Gesellschaft in das europäische Ausland (traslado del domicilio social al extranjero).

Die Neuerungen des Gesetzes (aus Platzgründen beschränken wir uns auf die Neuerungen zur Verschmelzung) führen unter anderem dazu, dass in vielen Fällen die Anforderungen an die Verschmelzung reduziert werden. So ist beispielsweise der Bericht eines unabhängigen Sachverständigen nur erforderlich, wenn als übernehmender Rechtsträger eine AG oder eine KGaA beteiligt ist. Vereinfachungen bestehen auch dann, wenn der Verschmelzungsbeschluss einstimmig in einer Vollversammlung getrof-

fen wird und es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger weder um eine AG noch um eine KGaA handelt. Gleiches gilt auch für den Fall, dass der übernehmende Rechtsträger mittelbar oder unmittelbar alleiniger Anteilseigner an dem übertragenden Rechtsträger ist. Sonderregeln bestehen ebenfalls für den Fall einer mindestens 90%igen, aber nicht alleinigen Beteiligung. Ausnahmeregelungen gelten auch bei einer umgekehrten Verschmelzung, sowohl wenn die Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft verschmolzen wird als auch bei einer indirekten Beteiligung, das heißt bei der Verschmelzung der „Großmutter“ auf die „Enkelin“.

Die Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung sind als besonderer Teil ausgestaltet und werden durch die allgemeinen Regelungen zur innerstaatlichen Verschmelzung ergänzt. Ihre Anwendung ist auf Kapitalgesellschaften (AG, GmbH und KGaA) beschränkt.

Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Regelungen bestehen zum einen insoweit, als dass wiederum viele der zuvor dargestellten Ausnahmefälle im Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht anwendbar sind, und zum anderen, dass das Thema der Arbeitnehmermitbestimmung beachtet werden muss. Darüber hinaus ist erwähnenswert, dass die Anteilseigner der spanischen Gesellschaft, die gegen die Verschmelzung gestimmt haben, über ein Austrittsrecht verfügen, wenn der übernehmende Rechtsträger seinen Sitz außerhalb Spaniens haben wird.

Die besondere Herausforderung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung besteht in der Praxis darin, die unterschiedlichen nationalen Vorgaben der beteiligten Mit-

gliedstaaten in Einklang zu bringen. Ausschlaggebend ist dabei insbesondere die Zusammenarbeit mit den Handelsregistern, da diese geneigt sind, nach den ihnen bekannten nationalen Maßstäben zu handeln, auch wenn sich einzelne Fragen allein nach ausländischem Recht richten. Das neue Gesetz ist insoweit nicht sehr hilfreich, als es in wesentlichen Bereichen keine konkreten Regelungen über das jeweils anwendbare Recht enthält. Es bleibt hier abzuwarten, ob die Exekutive im Rahmen ihrer Kompetenz zur Verabschiedung von Durchführungsgesetzen die Kritik aus der Praxis und Lehre aufgreift und die bisher unklaren Regelungen präzisiert. ■



EDUARDO APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA
ist Rechtsanwalt bei CMS Albiñana & Suárez de Lezo in Madrid.
E eduardo.apilanez@cms-asl.com



PHILIPP SCHÖNNENBECK
ist Rechtsanwalt bei CMS Albiñana & Suárez de Lezo in Madrid.
E philipp.schoennenbeck@cms-asl.com

Arbitraje en litigios de Derecho Societario

El Tribunal Supremo Federal (BGH) dispone nuevas condiciones

Mediante la sentencia del 6 de abril de 2009 (II ZR 255/08), el BGH se pronunció, por primera vez, acerca de las condiciones bajo las cuales un tribunal de arbitraje puede decidir sobre la eficacia de acuerdos societarios en el seno de una sociedad limitada alemana (GmbH). Esta decisión conocida como «capacidad de arbitraje II» tiene gran importancia práctica para un amplio número de sociedades tipo GmbH, pero también para numerosas sociedades personalistas.

Precisamente, en las sociedades personalistas, se pretendía evitar que litigios internos de la sociedad tuvieran que disputarse ante tribunales estatales y, por tanto, en una vista pública. Por este motivo, se busca favorecer la celebración de un juicio de arbitraje privado, el cual solo estará permitido cuando se tengan en cuenta los requisitos especiales del BGH.

1. Particularidades para los litigios por defectos en los acuerdos sociales:

El motivo que lleva a imponer requisitos especiales a los arbitrajes sobre acuerdos sociales es el siguiente: dado que un socio que impugna un acuerdo debe dirigir su demanda contra la GmbH, representada, a su vez, por los administradores de la sociedad, el resto de socios no suele participar en el procedimiento judicial. En parte, ni siquiera están informados sobre el inicio ni la marcha del proceso. Sin embargo, ellos también resultarán afectados por la decisión del tribunal (cosa juzgada) acerca de la eficacia o ineficacia de uno de los acuerdos que ellos mismos adoptaron (Art. 248 Apdo. 1 punto 1 AkG). En las decisiones de los tribunales estatales en principio se admite que personas ajenas al procedimiento judicial también se vean vinculadas por la

decisión, dado que los tribunales estatales son neutrales y están sometidos a un régimen estricto en cuanto a su composición. Al contrario, en los procesos de arbitraje, el tribunal será habitualmente nombrado por las partes, lo que permite a éstas influir en el proceso considerablemente.

2. Condiciones para la capacidad de arbitraje:

Según el BGH, los litigios por defectos en los acuerdos sociales únicamente pueden ser sometidos a arbitraje, bien cuando el tribunal de arbitraje se elija y se nombre de un modo neutral parecido a como sucede con el tribunal estatal, o bien cuando todos los socios que se vean afectados por la sentencia tengan la posibilidad de participar en el proceso de la misma manera. Por tanto, un tribunal de arbitraje solo puede decidir sobre este tipo de litigios cuando el acuerdo de arbitraje cumpla los siguientes requisitos:

- El acuerdo de someter los litigios internos a arbitraje (Acuerdo de Arbitraje) debe incorporarse a los estatutos con el consentimiento de todos los socios o, en caso de que tal acuerdo no se incorpore a los estatutos sociales, éste podrá celebrarse por separado y deberá contar con el consentimiento de todos los socios y el de la propia sociedad (representada, en tal caso, por sus administradores).
- El Acuerdo de Arbitraje debe regular cómo debe informarse a la sociedad y a cada uno de los socios sobre el inicio y la marcha del proceso de arbitraje, de modo que todos los socios estén en disposición de incorporarse a un proceso judicial iniciado por cualquiera de ellos.
- La sociedad y los socios deben tener la posibilidad de participar en la elección

y nombramiento del árbitro. Como alternativa, la elección de los árbitros también podrá confiarse a un cargo neutral como, por ejemplo, a una institución de tribunal de arbitraje como la Institución Alemana de Arbitraje (DIS) o al presidente de una Cámara de Comercio e Industria.

- El Acuerdo de Arbitraje debe asegurar que todos los litigios que afecten al mismo objeto de conflicto se concentren en un solo tribunal de arbitraje y que desde la interposición de la primera demanda se suspenda cualquier otro proceso que pudiera estar afectado por la primera demanda.

3. Adaptación obligatoria de los estatutos sociales:

Los Acuerdos de Arbitraje recogidos en los estatutos sociales que únicamente prevean que demandante y demandado deben nombrar un árbitro (sin que se pronostique ninguna otra regulación sobre la información y la participación de los demás socios), no satisfacen los requisitos del BGH. En caso de que los estatutos de una sociedad contengan uno de estos Acuerdos de Arbitraje, considerados como insuficientes, no podrán decidirse los litigios sobre acuerdos sociales mediante un tribunal de arbitraje, sino que obligatoriamente deberán someterse a un tribunal estatal. Por ello, los estatutos sociales que no contemplen esta circunstancia correctamente deberían adaptarse a los requisitos del BGH.

La decisión del BGH también es importante para todas las sociedades personalistas cuyos estatutos contengan un Acuerdo de Arbitraje y dispongan que las demandas sobre la eficacia de acuerdos sociales deban dirigirse contra la sociedad y no contra todos los socios. ▶

Los Acuerdos de Arbitraje, contenidos en los estatutos sociales, que sean válidos para el sometimiento de este tipo de controversias, podrán hacer remisión a las «reglas complementarias» de la Institución Alemana de Arbitraje (DIS) para los litigios en Derecho Societario (DIS-ERGeS). Los DIS-ERGeS complementan el reglamento de arbitraje de la DIS y toman en consideración los requisitos establecidos por el BGH en la decisión llamada «capacidad de arbitraje II». Esto ofrece la ventaja de que en los estatutos pueda incorporarse un Acuerdo de Arbitraje breve, en comparación con las cláusulas

habituales y, de tal forma, que el desarrollo se encuentre regulado en los DIS-ERGeS. De otro modo, los requisitos exigidos por el

BGH hacen necesario incluir normas detalladas sobre el proceso de arbitraje en los estatutos. ■



DR. BIRGIT SCHNEIDER
es socia de CMS Hasche Sigle en Múnich.
E birgit.schneider@cms-hs.com



DR. TORSTEN LÖRCHER
es socio de CMS Hasche Sigle en Colonia.
E torsten.loercher@cms-hs.com

// Wissen // Interesante saber

Gesellschaftsrecht/Derecho Societario

Selección de modificaciones en Derecho de Sociedades Anónimas

Mediante la ley que traspuso las directivas de accionistas (ARUG), gran parte de la cual entró en vigor el 1 de febrero de 2009 se revisó el régimen esencial del Derecho de Sociedades Anónimas. Esto afectó a tres ámbitos diferenciados:

1. Participación electrónica en la junta general

La principal novedad es que a partir de ahora se podrá participar de manera electrónica en la junta general. La ley concede a los socios la posibilidad de consentir la participación de los accionistas en la junta general, así como el derecho al voto y a la interpelación de manera electrónica a través de las normativas estatutarias correspondientes. Los accionistas pueden ejercer su derecho al voto y a la interpelación en tiempo real y en la misma extensión que lo hace un accionista presente físicamente. De este modo, un accionista que participe por vía electrónica estaría al mismo nivel que otro que asista físicamente a la junta general.

2. Emisión del voto por vía postal

A partir de ahora, la Ley Alemana de Sociedades Anónimas (AktG) permite,

además de la participación electrónica, la emisión del voto por correo antes de que se celebre la junta general.

3. Posibilidad de consultar la información por Internet

Con la entrada en vigor de la ARUG se amplió también el uso de los nuevos medios de información para los accionistas antes y durante la celebración de la junta general. De este modo, es necesario asegurarse que los accionistas extranjeros reciban toda la información relevante. A partir de ahora, las sociedades cotizadas estarán obligadas, por un lado, a publicar la información y los documentos de mayor importancia para la junta general en sus páginas web inmediatamente después de la publicación de la convocatoria. Por otro lado, los administradores podrán facilitar a los socios toda la información relativa a la junta general mediante su publicación en la página web de la sociedad. Hasta ahora, los administradores debían presentar los documentos en papel en las oficinas y, si los accionistas lo solicitaban, debían repartir copias. Incluso cuando se celebre la junta general, ya no deberá presentarse documentación en papel, siempre y cuando los accionistas tengan acceso a

dichos documentos, por ejemplo, a través de medios informáticos. ■



DR. DIRK JANNOTT
es socio de CMS Hasche Sigle en Dusseldorf
E dirk.jannott@cms-hs.com



OEZCAN ATALAN
es abogado de CMS Hasche Sigle en Dusseldorf
E oezcan.atalan@cms-hs.com

Nueva normativa para proteger los datos del trabajador

Por primera vez aparece en Alemania una normativa legal concreta que persigue esta finalidad.

Con motivo de los diversos «escándalos de protección de datos» ocurridos recientemente como, por ejemplo, los protagonizados por LIDL, Deutsche Bahn o Telekom, en Alemania se ha debatido intensamente sobre la protección de datos de carácter personal de los trabajadores. Como reacción a estos «escándalos de protección de datos», el Parlamento alemán promulgó a efectos del 1 de septiembre de 2009 una nueva normativa legal para la recogida, el tratamiento y el uso de datos personales en las relaciones laborales (Art. 32 de la Ley Alemana para la Protección de Datos – BDSG).

En el nuevo Art. 32 Apdo. 1 punto 1 de la BDSG se regula la autorización de la recogida, el tratamiento y el uso de los datos personales de un trabajador. Este precepto solo se aplicará cuando dichos datos sean necesarios para decidir acerca de la constitución, la aplicación o la terminación de una relación laboral. Sin embargo, los tribunales deciden lo que debe exigirse dependiendo de cada caso concreto. El Art. 32 Apdo. 1 punto 2 de la BDSG contiene nuevas reglas acerca de cuándo pueden recogerse, tratarse y utilizarse datos personales de un trabajador para revelar un delito. Se trata de casos muy limitados, en particular para su aplicación deben existir indicios razonables de que el trabajador ha cometido una infracción.

El Art. 32 Apdo. 2 de la BDSG prevé una auténtica novedad: la recogida, el tratamiento y el uso de datos personales de

un trabajador también estarán sujetos a un control riguroso cuando los datos no se almacenen ni se procesen informáticamente, p.ej. las anotaciones sobre conversaciones llevadas a cabo con trabajadores. Se requiere especial precaución cuando se trate de datos relacionados con enfermedades como ausencias en el trabajo, diagnósticos de enfermedades u observaciones relacionadas con enfermedades.

Además, como consecuencia de la aplicación de la nueva normativa, la persona responsable de la protección de datos de la empresa cobrará una relevancia especial. Para aquellos que ocupen ese cargo, se introducirá una protección especial frente al despido. Es decir, el empresario solo podrá despedir al responsable de la protección de datos de la empresa, si se da una situación que justifique excepcionalmente un despido sin preaviso (Art. 4 f BDSG). El responsable de la protección de datos se sitúa, de este modo, con respecto a las posibilidades de despido, al mismo nivel que cualquier miembro del comité de empresa. Para el empresario, sobre todo para el de la pequeña y mediana empresa, surge la duda de cuándo estará obligado a nombrar a un responsable de protección de datos. Pues bien, esto será necesario cuando el empresario cuente con más de nueve trabajadores que procesen datos personales de modo informatizado. Las empresas pequeñas no suelen necesitar a ningún responsable de la protección de datos personales.

En agosto de 2009, el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales publicó un extenso borrador para una Ley de Protección de Datos del Trabajador que preveía condiciones especialmente exigentes con determinadas medidas utilizadas en materia de protección de datos como, por ejemplo, vigilancia con cámaras o la intervención de detectives. Tras el triunfo del Partido Demócrata Cristiano (CDU) y el Partido de los Liberales (FDP) en las pasadas elecciones federales del 27 de septiembre de 2009, es de suponer que dicho borrador no se materialice en ninguna ley. Sin embargo, es de esperar que en los próximos años el legislador alemán endurezca la normativa sobre la protección de datos de carácter personal de los trabajadores. ■



DR. RAINER KIENAST

es abogado de CMS Hasche Sigle en Dusseldorf.

E rainer.kienast@cms-hs.com

Energías renovables en Alemania: una mirada hacia el futuro

El fomento de las energías renovables se modificó por última vez el 1 de enero de 2009, mediante una reforma de la Ley de Energías Renovables (EEG). Tras las elecciones al Parlamento alemán (Bundestag), el 27 de septiembre de 2009, la nueva coalición de Gobierno, compuesta por CDU/CSU y FDP, ha acordado nuevos cambios que afectan a la orientación de la política energética alemana, los cuales repercutirán, directa e indirectamente, en las perspectivas de este tipo de energía en Alemania.

1. Modificaciones a través de la EEG 2009

A través de la EEG 2009, se han efectuado numerosas modificaciones del actual sistema de fomento de las energías renovables. De este modo, se ha adaptado el importe de la retribución fijada por la ley y su reducción anual en cada uno de los tipos de producción al nivel de coste que se ha producido entretanto y que se espera para el futuro. Esto ha tenido como consecuencia una notable reducción de la retribución y un aumento de la reducción con carácter anual, especialmente para las centrales fotovoltaicas. Curiosamente, este hecho no perjudicó la evolución del mercado fotovoltaico en Alemania. En el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2009 entraron en servicio en Alemania casi

1.500 MW. La EEG 2009 también logró cambios sustanciales en la rama eólica. El desarrollo del mercado para las centrales de interior (Onshore-Anlagen) se incentivó mediante un aumento de la tarifa y una disminución de la reducción anual. Un elevado aumento de la tarifa para las centrales de ultramar (Offshore-Anlagen) ha proporcionado además un impulso considerable a este segmento del mercado.

Otras modificaciones importantes introducidas mediante la EEG 2009 afectaron al ámbito de las redes eléctricas. Los operadores de redes están expresamente obligados a ampliar la capacidad de dichas redes. Para lograr la efectividad de esta obligación, se prevé que el operador de redes indemnice los daños y perjuicios causados al operador de la central como resultado de la referida falta de capacidad. Cuando la capacidad de red para las cantidades de electricidad provenientes de las energías renovables no sea suficiente y haya amenaza de sobrecarga en la red, los operadores de redes estarán autorizados excepcionalmente para limitar la evacuación de electricidad proveniente de energías renovables. Por otro lado, el Art. 12 de la EEG prevé que el operador de redes resarce las pérdidas causadas al operador de la central. Este reglamento tan riguroso se aplica en la práctica de las maneras más

diversas. Mientras que E.ON ha publicado en su página web una directiva sobre la aplicación del Art. 12 de la EEG y ya pone en práctica la modificación de dicha ley, otros operadores de redes se acogen al sistema de responsabilidad mencionado en el Art. 13 de la Ley Alemana de Ordenación del Sector Energético (EnWG), el cual justifica una limitación de evacuación y, en virtud de dicho argumento, deniega el pago de una indemnización al operador de la central afectado. Hasta el momento, no existe ninguna resolución judicial sobre la relación entre el Art. 12 de la EEG 2009 y el Art. 13 de la EnWG.

2. Perspectivas tras las elecciones al Parlamento alemán

Tras las elecciones al Parlamento alemán, en el marco de las negociaciones de la coalición formada por el CDU/CSU y el FDP, también salió a la palestra la orientación de la futura política energética alemana. Con respecto a este tema, se han tomado decisiones de gran alcance que van a influir, directa e indirectamente, en las energías renovables en Alemania.

En principio, en Alemania deben seguir formentándose las energías renovables para que sean aptas para el mercado lo antes posible. A fin de acelerar este proceso al



máximo, a partir de ahora, los informes de experiencia de la EEG se elaborarán cada tres años. De este modo, los intervalos actuales se verán reducidos en un año. El próximo 1 de enero de 2012 deberá entrar en vigor otra reforma de la EEG, aunque ya se están planteando posibles modificaciones. Según el acuerdo de la coalición, uno de los puntos principales de la futura política energética deberá radicar en un fomento de la capacidad de almacenaje a fin de facilitar un mejor uso de las energías renovables frente a una red de electricidad en parte ya sobrecargada. Está previsto otorgar una «bonificación de continuidad» a las centrales eléctricas virtuales que garanticen un suministro uniforme con electricidad proveniente de energías renovables. En el ámbito de la energía eólica, el punto principal debe radicar en el repowering. Además, se aspira a conseguir seguridad de planificación para la fuerza eólica de ultramar. En cuanto a la producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica, el gobierno acordó, el 3 de marzo de 2010, una reducción de las tarifas de evacuación de entre el 11% y el 16% a partir del 1 de julio de 2010. Por otra parte, se prevé dejar de fomentar instalaciones fotovoltaicas en

tierras de cultivo. No obstante, estas modificaciones de la EEG están siendo muy polémicas. Por lo cual, aún queda por ver qué modificaciones aprobará realmente el Parlamento.

La prórroga planeada por el gobierno para la vigencia de las centrales de energía atómica en Alemania también es un tema controvertido debido a las consecuencias relacionadas con las energías renovables. Sin embargo, los beneficios logrados mediante una prórroga del plazo de vigencia deben emplearse, sobre todo, en la investigación de energías renovables y tecnologías de almacenamiento y, de esta manera, podrían propinar un claro impulso a estas tecnologías del futuro. Dicha prórroga del plazo de vigencia también podría tener repercusiones problemáticas en lo que se refiere a la capacidad limitada de las redes. Ello se debe a que hasta ahora estaba previsto que tuviera lugar una desconexión gradual de las centrales nucleares que hubiera permitido que hubiese capacidad disponible para la evacuación de electricidad provenientes de energías renovables. Es de suponer que no quedará capacidad disponible, si las centrales nucleares siguen

en marcha. En general, sin embargo, predominan los votos a favor de la futura política energética alemana, dado que el nuevo gobierno ha destacado la importancia que las energías renovables tienen desde un punto de vista político-energético.



DR. NIKLAS GANSSAUGE, LL.M. BERKELEY
es abogado de CMS Hasche Sigle en Hamburgo.
E niklas.ganssaugue@cms-hs.com

Die spanische Rechtsprechung im Interessenkonflikt zwischen Umweltschutz und Energieversorgung

Schon seit längerer Zeit ist das Umweltbewusstsein erheblich gestiegen. Sowohl in internationalen Abkommen, als auch in europäischen Regelwerken sowie in der spanischen Verfassung ist effektiver Umweltschutz und die nachhaltige Nutzung der vorhandenen Ressourcen normativ verankert worden. Ebenso fundamentale Bedeutung hat allerdings das öffentliche Interesse an einer gesicherten Energieversorgung, wie es in den Motiven zum Gesetz über den Elektrizitätssektor (Ley del Sector Eléctrico) zum Ausdruck gebracht wird.

Der Gesetzgeber und die Verwaltung müssen daher das Gleichgewicht zwischen Umweltschutz und angemessener Nutzung der natürlichen Ressourcen durch entsprechende Gesetze und Genehmigungsverfahren sicherstellen. Die Abwägung der grundsätzlich gleichrangigen Interessen muss dann im Einzelfall im Sinne der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (Tribunal Supremo) im Einklang mit den geltenden Normen geschehen.

Nach den einschlägigen Normen kommt es im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit eines Energieproduktionsvorhabens allgemein auf die Intensität der schädlichen Emissionen des jeweiligen Vorhabens an. Wiederholt haben die Gerichte als Leitlinie der Interessenabwägung darauf abgestellt, ob das jeweils betroffene Gebiet als Umweltschutzzone (beispielsweise Vogelschutzgebiet) eingestuft ist oder nicht. Soweit eine Einstufung als Umweltschutzzone vorliegt, gilt grundsätzlich die Vermutung, dass das öffentliche Interesse am Schutz der Umwelt überwiegt, während bei Fehlen einer solchen Einstufung grundsätzlich dem Interesse an einer gesicherten Energieversorgung der Vorrang einzuräumen ist. Diese allgemeine Leitlinie befreit zwar

nicht von einer Interessenabwägung im Einzelfall, darf aber wohl als wesentlicher Indikator verstanden werden.

Im Rahmen dieses Interessenkonflikts kommt den erneuerbaren Energien besondere Bedeutung zu, da diese nur geringe oder jedenfalls geringere Auswirkungen auf die Umwelt haben als die bisherigen, auf die Verbrennung fossiler Brennstoffe setzenden, Energiequellen. Es sollte daher anzunehmen sein, dass der Genehmigung beispielsweise einer Windenergieanlage in einem Gebiet, welches nicht als Schutzgebiet eingestuft ist, zumindest nicht die Frage nach der Umweltverträglichkeit entgegensteht. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der klaren politischen Haltung der Regierung Spaniens, welche die umfassende Förderung der Energieproduktion aus erneuerbaren Energiequellen zu einem wesentlichen Pfeiler einer nachhaltigen Energiepolitik erklärt hat (vergleiche dazu den Beitrag zum Entwurf eines Gesetzes einer nachhaltigen Wirtschaft).

Ein entsprechender Standpunkt findet sich auch in einzelnen Urteilen der spanischen Gerichte wieder. Danach überwiege zum Beispiel das öffentliche Interesse an einer Energiegewinnung aus Windkraftträdern, auch wenn diese gewisse nachteilige Auswirkungen auf gefährdete Vogelarten habe, da hierdurch zu einer Reduktion von wesentlich umweltschädlicheren Energiequellen, wie etwa Kohle, Gas oder Öl, beigetragen werden könne.

Im Hinblick auf die Verweigerung der Genehmigung eines Windparks liegt bisher lediglich eine gerichtliche Entscheidung vor. In diesem nicht unumstrittenen Urteil wurde dem Umweltschutzaspekt Vorrang eingeräumt,

da das Vorhaben in einem Umweltschutzgebiet umgesetzt werden sollte (Urteil des oberen Verwaltungsgerichtshof von Castilla und León vom 10. Juni 2009).

Dieses Urteil ist von Umweltschutzorganisationen zum Anlass genommen worden, zum Ende des vergangenen Jahres die Genehmigungen mehrerer Windparks anzufechten, die sämtlich in Gebieten errichtet werden sollten, die nicht als Schutzgebiete eingestuft sind. Die Umsetzung der Vorhaben ist damit bis zum Abschluss des Anfechtungsverfahrens suspendiert.

Es stellt sich damit nunmehr die für die Praxis wesentliche Frage, ob die spanische Rechtsprechung bei ihrer bisherigen Leitlinie bleibt und in nicht geschützten Gebieten einem Vorhaben zur Energiegewinnung, insbesondere wenn es sich hierbei um erneuerbare Energiequellen handelt, grundsätzlich Vorrang einräumt.

Eine Entscheidung in diesen Verfahren wird im Laufe dieses Jahres erwartet und wird von wegweisender Bedeutung für zukünftige vergleichbare Genehmigungsverfahren sein. ■



BEATRIZ RUIZ

ist Rechtsanwältin bei CMS Albiñana & Suárez de Lezo in Madrid.

E beatriz.ruiz@cms-asl.com

Die Erfindung eines neuen Wirtschaftsmodells? – Das neue Gesetz einer nachhaltigen Wirtschaft

Bereits in seiner Rede vom 12. Mai 2009 zur Lage der Nation präsentierte der spanische Ministerpräsident José Luis Rodríguez Zapatero dem spanischen Parlament die politischen Grundelemente des geplanten Gesetzes einer nachhaltigen Wirtschaft (Ley de Economía Sostenible). Der Gesetzesentwurf (anteproyecto) ist am 27. November 2009 durch den Ministerrat gebilligt worden und nimmt nunmehr seinen Weg durch das Gesetzgebungsverfahren. Die tragende Idee des Gesetzes ist es, das spanische Wirtschaftsmodell dahingehend zu verändern, dass wirtschaftliche, ökologische und soziale Nachhaltigkeit gefördert wird. Das Gesetz soll dabei die Voraussetzungen für eine erhöhte Wettbewerbsfähigkeit schaffen, um die Position der Marktteilnehmer zu stärken, sobald die spanische Wirtschaft wieder anspringt.

Was die wirtschaftliche Perspektive des Gesetzes anbelangt, so soll die wirtschaftliche Rahmengesetzgebung anhand der Prinzipien Notwendigkeit, Verhältnismäßigkeit, Effizienz und Transparenz überprüft werden. Ziel ist es, einen transparenten, stabilen und vorhersehbaren gesetzlichen Rahmen zu schaffen, der möglichst geringe administrative Belastungen mit sich bringt. Um diese Vorgaben zu erreichen, sollen die Konsultationsphasen in einem Gesetzgebungsverfahren um die vorherige Bewertung des Vorhabens und dessen nachträgliche Überprüfung erweitert werden. Des Weiteren soll jegliches Handeln der öffentlichen Hand dem Nachhaltigkeitsprinzip unterworfen werden, was wiederum dadurch sichergestellt werden

soll, dass die Verwaltung zu umfassender Information und Rechnungslegung verpflichtet wird. Zudem sollen die Regulierungsbehörden reformiert werden. Dabei soll einerseits deren Unabhängigkeit gestärkt, zum anderen jedoch auch deren Verpflichtung zur Information gegenüber dem Parlament verschärft sowie die Kooperation unter den Behörden verbessert werden. Ein weiteres Ziel des Gesetzes ist es, das öffentliche Vergabeverfahren zu vereinfachen. So soll insbesondere die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen erleichtert sowie die Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Einrichtungen erweitert werden.

Das Prinzip ökologischer Nachhaltigkeit wird insbesondere durch Vorgaben hinsichtlich der effizienten Nutzung von Ressourcen, Mobilität/Transport und Reduktion des Ausstoßes von CO₂ verfolgt. Wesentliches Element stellt dabei die Einsparung von Energie und der Ausbau erneuerbarer Energiequellen dar. Bis zum Jahr 2020 (beziehungsweise 2016) soll der Anteil von erneuerbaren Energiequellen auf 20% erhöht sowie der Energieverbrauch um 20% reduziert werden. Dies soll unter anderem durch die Förderung sogenannter Energiedienstleistungsunternehmen (Empresas de Servicios Energéticos) erreicht werden, deren Zweck darin besteht, auf eigene Kosten Energieeinsparungsmaßnahmen umzusetzen, um später an der Einsparung teilzuhaben. Der ökologische Nachhaltigkeitsansatz sieht außerdem eine Vielzahl von Maßnahmen zur strukturellen und technologischen Verbesserung der

Verkehrswege und -mittel vor. Des Weiteren soll das vorgenannte Ziel durch die Reduktion von schädlichen Abfällen und Abgasen erreicht werden. Insoweit sollen Anreize für die Investition in Wirtschaftsbereiche geschaffen werden, die nicht dem Emissionshandel unterliegen (etwa Transport- oder Baugewerbe), indem solche Investitionen zusätzliche Rechte verleihen. Zugleich soll die private Hand auf freiwilliger Basis stärker in den Umweltschutz eingebunden werden. Beispielsweise soll der Ausstoß von CO₂ unter anderem durch Aufforstung ausgeglichen werden können. Nicht zuletzt soll auch die Landwirtschaft und die landwirtschaftliche Produkte verarbeitende Industrie stärker unter dem Gesichtspunkt des Nachhaltigkeitsprinzips gefördert werden.

Hinsichtlich des Aspekts sozialer Nachhaltigkeit setzt der Gesetzesentwurf vor allem auf ein modernes Ausbildungssystem unter Einbeziehung fortschrittlicher Informations- und Kommunikationstechnologie sowie der verstärkten Förderung von Fremdsprachen. Des Weiteren soll auch das Angebot an fachspezifischen Ausbildungsberufen erweitert werden.

Die vorstehenden Ziele sollen unter anderem durch Förderung der Wissenschaft und Forschung sowie durch Steigerung des Wettbewerbs und der Produktivität erreicht werden. Beispielsweise sollen die Voraussetzungen einer Gesellschaftsgründung erleichtert, Maßnahmen gegen den weit verbreiteten Zahlungsverzug verschärft und behördliche Genehmigungserfordernisse

reduziert werden. Die internationale Wettbewerbsfähigkeit soll unter anderem durch die Ausweitung von Ausfuhrgarantien erhöht werden. Begleitet werden soll das Gesetzesvorhaben zudem mit Steuervergünstigungen für Unternehmen und natürliche Personen, wenn diese zur Erreichung der Ziele des Gesetzes beitragen, etwa bei unternehmerischer Tätigkeit in den Bereichen Forschung, technologische Entwicklung und Innovation oder durch die Schaffung von Arbeitsplätzen. Als Folge der Finanzkrise und der damit verbundenen Kritik an den bestehenden Vergütungsmodellen für Vorstandsmitglieder und leitende Angestellte soll das Kapitalmarktgesetz (Ley de Mercado de Valores) geändert und für börsennotierte Gesellschaften die Pflicht verankert werden, die Vergütung hinsichtlich der vorgenannten Personen in einem Bericht im Einzelnen offenzulegen und diesen der Hauptversammlung zur Abstimmung vorzulegen. Allerdings soll das Abstimmungsergebnis nicht verbindlich sein. In diesem Zusammenhang werden auch die Vergütungsmodelle der Finanzintermediäre neuen Transparenz-

regeln unterworfen und die Vermarktung von Pensionsfonds neu geregelt.

Zur Umsetzung der zuvor genannten Ideen sind zwei Förderfonds vorgesehen, wobei sich die Fördermittel auf insgesamt 25 Mrd. EUR belaufen sollen. 20 Mrd. EUR sollen zur Förderung von privaten Investitionsvorhaben zur Verfügung gestellt und durch die staatliche Kreditanstalt (Instituto de Crédito Oficial) verwaltet werden. Zu beachten ist dabei allerdings noch, dass die Hälfte der Mittel durch die private Wirtschaft aufgebracht werden soll. Weitere 5 Mrd. EUR sollen zu Zwecken technologischer Erneuerungen zur Verfügung gestellt und durch lokale Einrichtungen verwaltet werden.

Es bleibt abzuwarten, ob die spanische Wirtschaft durch dieses sehr heterogene Gesetzeswerk gestärkt werden kann oder ob sich die Erreichung der hehren Ziele als bloßes Wunschdenken der während der Krise stark in Kritik geratenen Regierung herausstellt. ■



DR. LUIS MIGUEL DE DIOS

ist Partner bei CMS Albiñana & Suárez de Lezo in Madrid.

E luismiguel.dedios@cms-asl.com



PHILIPP SCHÖNNENBECK

ist Rechtsanwalt bei CMS Albiñana & Suárez de Lezo in Madrid.

E philipp.schoennenbeck@cms-asl.com

// Wissen // Interessante saber

Allgemeines Handels- und Wirtschaftsrecht // Derecho Mercantil y Económico general

Comentario a una nueva sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) en relación con las garantías personales

1. Introducción

El Tribunal Supremo Federal (BGH) debía decidir en este caso sobre un área importante del derecho de las garantías personales (Bürgschaftsrecht). La demandada era una empresa de seguros que actuaba en calidad de avalista. La demandante había celebrado un contrato

de obra con el deudor principal para llevar a cabo una prestación de servicios de pintura. Una de las cláusulas de dicho contrato de obra preveía que el contratista estaba obligado a aportar un aval que garantizase su cumplimiento (la «obligación de prestar garantía») para el caso de que surgiera la necesidad de subsanar la obra con posterioridad (el «aval de subsanación»).

Este aval debía ser incondicional, ilimitado, solidario y gozar de la renuncia a las excepciones de impugnabilidad, compensabilidad, beneficio de excusión (Art. 768, 770, 771 del Código Civil Alemán – BGB) y derecho de depósito. Asimismo, debe destacarse que dicha cláusula cumplía todos los requisitos para ser considerada como una condición general

de contratación. Así, en cumplimiento de la reiterada cláusula, la demandada otorgó el correspondiente modelo de aval de subsanación que acompañaba al contrato de obra.

El BGH decidió, en este caso, que una cláusula contemplada en las Condiciones Generales de Contratación de un comitente será ineficaz cuando ésta prevea que el comitente puede retener, en concepto de garantía contra posibles defectos de la obra, un porcentaje del precio final, salvo que el contratista aporte un aval de subsanación por el que el avalista renuncie a todas las excepciones del Art. 768 del BGB. El tribunal decidió que esta cláusula significaría un perjuicio desproporcionado para el contratista. Como consecuencia, la cláusula mencionada devino ineficaz en su conjunto, dado que el tribunal consideró que una obligación, cuya finalidad es asegurar el ejercicio del derecho de subsanación, recogida en unas condiciones generales de contratación no es independiente de la obligación del contratista de aportar un aval con renuncia a todas las excepciones del Art. 768 del BGB para evitar que el contratista retenga un 5% del precio final de la obra. Por ello, la entidad avalista podrá invocar la ineficacia de dicha cláusula como excepción frente a una eventual reclamación del comitente.

2. Motivos principales de la sentencia

En un principio, el BGH ha expuesto que la demandada puede acogerse a las excepciones que corresponden a la deudora principal según el Art. 768 Apdo. 1 del BGB, dado que una renuncia a las mismas resultaría desproporcionada, si bien esto, en principio, no afectaría al aval. No obstante, la ineficacia de la obligación de prestar garantía (BGH, sentencia del 12 de febrero de 2009 – VII ZR 39/08, WM 2009, 643) constituye una excepción que puede oponer el avalista ante una reclamación en su contra.

El BGH decidió que la obligación de prestar garantía contenida en el contrato de obra únicamente puede interpretarse en el sentido de que el contratista deba un aval «simple» para, de esta forma, poder mantener la obligación de prestar garantía, al menos parcialmente, siempre y cuando el contenido de la obligación de prestar garantía y la propia prestación del aval fueran cuestiones que pudieran ser tratadas por separado. Al contrario, si estas cuestiones estuvieran vinculadas inseparablemente, la ineficacia de la obligación de prestar garantía afectaría también a la validez del aval.

En otro asunto, con respecto a la obligación de aportar un aval que garantizase el cumplimiento de la obligación principal del contratista bajo el contrato de obra («aval de cumplimiento»), el BGH decidió (BGH, sentencia del 12 de febrero de 2009 – VII ZR 39/08, WM 2009, 643) que la obligación de prestar garantía no está vinculada inseparablemente a la forma en que se debe prestar el aval de cumplimiento ni a las excepciones a las que el avalista deba renunciar. Por ello, en aquel caso se pudo mantener el acuerdo de garantía que obligaba al contratista a aportar un aval solidario (aunque en una forma menos favorable para el comitente). En este caso, el BGH decidió que el acuerdo de garantía y la prestación del aval constituían una unidad contractual inseparable, dado que ambos elementos estaban unidos por el hecho de que la prestación del aval de subsanación constituía la única posibilidad para el contratista de evitar la mencionada retención del 5% del precio.

C. Conclusión

Los principios establecidos por el BGH en este caso, probablemente, no sean aplicables a los avales a otorgar como garantía en contratos de préstamo. Sin embargo, se supone que a este tipo de avales les serán de aplicación los principios

establecidos por la Sala VII del BGH en relación con los avales de cumplimiento. En cambio, se supone que la solución adoptada por la Sala XI del BGH en relación con los avales de subsanación se trata de una decisión particular que no puede aplicarse a otros supuestos. Aquellos que apliquen el derecho relativo a contratos de obras en su quehacer profesional deberán adaptarse a esta situación. ■



DR. HERBERT WIEHE
especialista en Derecho Bancario y
Derecho de Mercado de Capitales, socio
de CMS Hasche Sigle en Colonia
E herbert.wiehe@cms-hs.com



DR. ROMAN JORDANS, LL. M. (NZ),
especialista en Derecho Bancario y
Derecho de Mercado de Capitales, socio
de CMS Hasche Sigle en Colonia.
E roman.jordans@cms-hs.com

Das neue spanische Vertragsgesetz zur Güterbeförderung über Land

Mit Inkrafttreten des Gesetzes 15/2009 vom 11. November (Contrato de transporte terrestre de mercancías – CTTM) im Februar 2010 wird sich das spanische Recht den Anforderungen des modernen Güterverkehrs stellen können.

Auf internationaler Ebene bestand schon vor Inkrafttreten des CTTM ein angemessener gesetzlicher Rahmen zur vertraglichen Regelung der Güterbeförderung auf Straße und Schiene, da Spanien den Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) und über den internationalen Eisenbahnverkehr (CIM-COTIF) beigetreten war. Das CTTM stellt daher lediglich auf nationaler Ebene eine Neuregelung dar, wo das Transportrecht bisher den seit dem Jahr 1885 beinahe unveränderten allgemeinen Regeln des Handelsgesetzbuches unterworfen war.

Der Gesetzgeber hat sich an den genannten Übereinkommen orientiert und deren Inhalte weitgehend in das CTTM übernommen. Diese Lösung kann nur befürwortet werden, da es der Praxis entgegenkommt, wenn der nationale und internationale Transport in gleicher Weise geregelt werden. Eine Orientierung an der internationalen Rechtslage wurde auch dadurch erleichtert, dass das CIM-COTIF 1999 (Protokoll von Vilnius) in vielen Punkten dem CMR angeglichen wurde und insofern ein weitgehend einheitliches Modell zur Verfügung stand. Gerade das

CMR hatte auch in anderen Fällen als Vorbild für nationale Reformen gedient (etwa für Deutschland 1998). Konsequenterweise ist daher auch, dass das CTTM gleichermaßen für den Straßen- und Schienengüterverkehr gilt.

Wohl als Folge lobbyistischer Einflussnahme wird im CTTM jedoch teilweise von den genannten Übereinkommen abgewichen. So sind etwa die Haftungshöchstbeträge der Frachtführer im Vergleich zum CMR erheblich reduziert worden. Diese und andere Unterschiede zwischen nationalem und internationalem Recht erscheinen wenig sinnvoll.

Das neue Gesetz löst des Weiteren die Frage nach der Geltung der Privatautonomie, welche traditionell im Transportrecht diskutiert wird und zwar im Sinne einer weitgehenden Vertragsfreiheit. Die Einschränkung der Privatautonomie wurde mit dem ungleichen Kräfteverhältnis der Marktteilnehmer begründet. Da der Straßengüterverkehr aber durch eine Vielzahl von kleinen Anbietern geprägt ist, können diese nicht ohne Weiteres als überlegene Partei qualifiziert werden, insbesondere nicht gegenüber den Versicherungen, welche im Schadensfall üblicherweise versuchen, Regress zu nehmen. Allerdings sind die Parteien grundsätzlich frei, von den Vorgaben des Gesetzes abzuweichen und können den vertraglichen Inhalt des Frachtvertrages sowohl individuell als auch durch AGB bestimmen. Im letzteren

Fall muss der so bestimmte Vertragsinhalt aber für die andere Vertragspartei vorteilhafter sein als die gesetzliche Regelung. Die Beurteilung dieser Voraussetzung wird in der Praxis sicher noch für Diskussionen sorgen. Davon abgesehen bleibt der zwingende Charakter der gesetzlichen Vorgaben etwa hinsichtlich der Haftungsregeln bestehen.

Geregelt wird auch der Fall, dass der Frachtführer den Transport nicht selbst, sondern durch einen Dritten (ausführenden Frachtführer – *porteador efectivo*) durchführt. Während nach den internationalen Regeln sowohl der ausführende als auch der vertragliche Frachtführer dem Auftraggeber gegenüber grundsätzlich gesamtschuldnerisch haften, findet sich im CTTM hierzu keine klare Regelung.

Wird der Frachtvertrag durch Einsatz verschiedener Verkehrsmittel erfüllt, so bestimmen sich die anwendbaren Haftungsregeln in Abhängigkeit zu dem jeweiligen Verkehrsmittel, in welchem der Schaden verursacht wurde, wobei ergänzende Regeln eingreifen, falls dieses nicht bestimmt werden kann. Sollte Spanien das neue Übereinkommen für den internationalen Güterverkehr unter Einschluss des Seewegs (Rotterdam Rules) ratifizieren, kann diese Lösung noch zu Auslegungsschwierigkeiten führen, da dessen weiterer Anwendungsbereich schon dann gegeben ist, wenn die Beförderung auch

eine Seestrecke beinhaltet. In der Präambel des Gesetzes wird es als Neuheit bezeichnet, dass der Frachtführer die Zahlung der Fracht von dem Versender fordern kann, wenn der Empfänger bei einem Versand per Nachnahme den Frachtführer nicht bezahlt. Um eine wirkliche Neuerung handelt es sich allerdings nicht, da der Frachtvertrag schon bisher als Vertrag zugunsten Dritter einzustufen war, in dessen Anwendung dem Auftraggeber nicht das Recht zukam, seine Zahlungspflichten ein-

seitig auf den Empfänger abzuwälzen. Insgesamt verdient das CTTM trotz einiger systematischer Mängel und einer gewissen Weitschweifigkeit eine positive Bewertung. Es bestand bereits seit langem das dringende Bedürfnis nach einer Neuregelung des nationalen Güterbeförderungsvertragsrechts, dem der spanische Gesetzgeber mit diesem Gesetz in weitgehend adäquater Weise und in Übereinstimmung mit den auf internationaler Ebene geltenden Abkommen entsprochen hat. ■



DR. ANDRÉS RECALDE CASTELLS

Professor für Handels- und Gesellschaftsrecht
an der Universität Jaume I de Castellón /
Of-Counsel von CMS Albiñana & Suárez de Lezo
in Madrid.

// Wissen // Interessante saber

Allgemeines Handels- und Wirtschaftsrecht // Derecho Mercantil y Económico general

La reserva de dominio transfronteriza desde la perspectiva alemana

La reserva de dominio (Art. 449 del Código Civil Alemán – BGB) es la forma más común en Alemania de otorgar garantía a favor del vendedor de aquellas mercancías (solo bienes muebles) que no se paguen antes o en el momento de su entrega. El vendedor mantiene la propiedad sobre la mercancía, a pesar de que ésta ya ha sido entregada. El Derecho alemán diferencia el contrato de compraventa (negocio obligacional), del cual se desprenden principalmente las obligaciones para el vendedor de traspasar la posesión y la propiedad sobre la mercancía y, para el comprador de pagar el precio de la compraventa en un lado y el traspaso de la posesión y de la propiedad se realizará en el otro lado (negocio real).

La obligación del vendedor de transmitir la propiedad queda sometida a una condición suspensiva consistente en el pago del precio de compraventa. Con el cumplimiento de la condición, la propiedad se traspasa automáticamente al comprador, sin que sea necesario un nuevo acuerdo entre las partes.

La reserva de dominio se encuentra frecuentemente en las condiciones generales de contratación, lo cual quiere decir que, en caso de que el Derecho alemán sea aplicable, regirán también las normas para las Condiciones Generales de Contratación, que se encuentran en los artículos 305 y ss. del BGB. En parte, estas disposiciones son también aplicables a negocios en los que ambas partes son comerciantes. Durante los últimos años, la jurisprudencia ha puesto mucho interés en que las cláusulas correspondientes se redacten de manera ponderada y ha creado unos principios esenciales con este fin.

En los casos en que se incumplan de manera esencial los principios legales para este tipo de negocios, las cláusulas correspondientes se considerarán nulas.

Para poder determinar si el Derecho alemán sobre las Condiciones Generales de Contratación es aplicable, habrá que recurrir a las normas generales del Derecho

Internacional Privado, es decir, a los Artículos 27 y 28 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán —EGBGB. Según el Art. 28 EGBGB, será de aplicación aquel ordenamiento jurídico con el que el contrato muestre una vinculación más estrecha. Según la jurisprudencia alemana, en contratos de compraventa, se trataría del ordenamiento jurídico del país donde el vendedor tenga su domicilio o establecimiento.

Las consecuencias de la aplicación de las normas sobre las Condiciones Generales de Contratación serán presentadas en un artículo separado. Cabe resaltar que también entre comerciantes debe acordarse de manera eficaz la aplicación de las Condiciones Generales de Contratación. Para un acuerdo eficaz no es necesario que se entreguen en mano estas condiciones, sino que, por regla general, debe hacerse referencia a las mismas de manera clara e inequívoca. El acuerdo sobre su aplicación debe celebrarse por razones de claridad en el contrato de compraventa, aunque el

Tribunal Supremo Federal (BGH), en su sentencia del 22 de marzo 1995, VIII ZR 20/94, constató que la recepción de la mercancía puede implicar una aceptación tácita de una cláusula de reserva de dominio incluida por primera vez en la aceptación del pedido. En cambio, introducir por primera vez una cláusula de reserva de dominio en la factura, cuando ésta sigue a la mercancía, es demasiado tarde. En todo momento, las partes pueden celebrar a posteriori un acuerdo sobre la reserva de dominio.

La práctica alemana distingue entre la reserva de dominio simple (Einfacher Eigentumsvorbehalt), la cual solamente regula la transmisión de la propiedad entre el comprador y el vendedor, y la reserva de dominio prorrogada (verlängerter Eigentumsvorbehalt und Verarbeitungseigentumsvorbehalt), la cual se da cuando el vendedor y el comprador acuerdan que la reserva de dominio, cuando tal reserva se extinga (especialmente mediante la enajenación o transformación del bien afectado por parte del comprador, etc.), quedará sustituida por un derecho sobre la cosa resultante del proceso de transformación o por la cesión del derecho a cobro del precio de compraventa resultante de una enajenación posterior del bien. Esto presupone el consentimiento para una enajenación posterior. No se limita a la enajenación a favor de un tercero, el cual hace depender de su consentimiento la cesión de la prestación por él debida. La cesión de la prestación futura es una cesión en garantía (Sicherungsabtretung). Ésta es ineficaz, si la cesión mediante un contrato entre el vendedor y un tercero estaba prohibida. En caso de un contrato mercantil, debe tenerse en cuenta el Art. 354 a del Código de Comercio Alemán (HGB). La

reserva de dominio prorrogada puede entrar en colisión con un acuerdo de transmisión en garantía anticipado (vorweggenommene Sicherungsübereignung).

Un procedimiento concursal no afecta a las relaciones de propiedad. La reserva de dominio simple otorga al propietario un derecho de separación (Aussonderungsrecht) frente a la masa concursal, es decir, el propietario tiene derecho a la entrega de su propiedad. Al contrario, la reserva de dominio prorrogada solamente otorga al propietario un crédito privilegiado especial (Absonderungsrecht).

En caso de acordarse una reserva de dominio simple, la propiedad del vendedor se extingue en el momento en que el vendedor enajena la mercancía a un tercero de buena fe.

Por regla general, se acuerda una reserva de dominio prorrogada en el caso en que el comprador pueda enajenar las mercancías. El vendedor se asegura sus derechos de tal modo que se procede a una cesión por adelantado a su favor de los créditos que correspondan al comprador por la enajenación posterior de la mercancía afectada por la reserva de dominio (cesión de créditos en garantía – Sicherungsabtretung).

Mediante la transformación de la mercancía enajenada o mediante su accesión a otra cosa, el vendedor pierde la propiedad sobre la mercancía, a pesar de haber acordado una reserva de dominio.

Sin embargo, es posible estipular una cláusula de transformación en el marco de una reserva de dominio prorrogada. De este modo, se puede acordar, a diferencia de lo dispuesto

legalmente, que se mantiene la reserva de dominio sobre la mercancía suministrada o sobre la cosa resultante de la transformación o confusión. Para el caso de que el nuevo producto sea un resultado de mercancías de diferentes vendedores que mantienen una reserva de dominio, debería determinarse que el vendedor conserva la copropiedad sobre el nuevo producto resultante.

Teniendo en cuenta su solidez frente a una insolvencia y a falta de otras medidas de garantías apropiadas de tipo similar, el suministrador domiciliado en Alemania intenta con frecuencia estipular una reserva de dominio con el comprador domiciliado en el extranjero. En vistas a la falta de normativa aplicable de carácter supranacional o internacional – tampoco en la Ley sobre la compraventa Internacional de bienes muebles (EKG) o en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercancías (CISG) – deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

Como ocurre siempre en casos transfronterizos, para el examen de la situación jurídica deberá partirse del punto de vista del juez nacional que, en caso de litigio, recibe el caso para que decida sobre él – o bien, de antemano desde el punto de vista de la redacción contractual – que, en caso de litigio, recibiría el caso para su decisión. Puesto que la reserva de dominio transfronteriza se examina aquí desde el punto de vista alemán – el punto de vista español se presentará en el próximo Update – deberá partirse de un examen del caso por parte de un juez alemán.

El juez se pregunta, en primer lugar, si se ha acordado la aplicación de un derecho nacional determinado o si este derecho debe



determinarse con base en los principios del Derecho Internacional Privado de Alemania (IPR), especialmente, según lo previsto en el Art. 28 EGBGB.

*En el caso de que se estipulase la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico, solamente se trataría del derecho obligacional. Es decir, en nuestro caso, se trataría del derecho aplicable al contrato de compraventa y no del derecho real ni de la cuestión relativa a la transmisión de la propiedad. El derecho real afecta a la regulación de las relaciones de propiedad sobre una cosa. Según el BGH, para determinar el derecho real aplicable en cada caso se tendrá en cuenta la *lex rei sitae*, es decir, el derecho del lugar en el que la cosa se encuentra en el momento en que la consecuencia jurídica puesta en cuestión deba surtir efectos (sentencia sobre máquinas tricotasas, BGHZ 45, 95, 99). En caso de que se suministre la mercancía al extranjero y la transmisión de la propiedad tenga lugar allí, se aplicará el derecho del tercer país (ver sentencia del BGH relativa a*

un suministro a Francia, expediente VIII ZR 108/07) tanto a la cuestión de la adquisición de la propiedad como a la reserva de dominio. Hasta que se entregue la mercancía en el país extranjero, se aplicará el derecho del Estado emisor de la mercancía (Koblenz RIW 89, 384). Si según el derecho del Estado emisor de la mercancía, la reserva de dominio no es eficaz o solamente lo es de modo relativo (p.ej. según el Derecho italiano a causa de una vulneración de los requisitos formales), el acuerdo sobre la reserva de dominio quedará sometido, en caso de duda, al Derecho del país de destino. Con esto, la reserva de dominio deviene eficaz con base en este Derecho mediante el traspaso de la frontera al país de destino.

La eficacia de una reserva de dominio prorrogada mediante una cesión en garantía se rige según el estatuto contractual, es decir, el Derecho aplicable a las relaciones jurídicas entre el vendedor y el comprador iniciales. ■



DR. MICHAEL BRÜCK

es socio de CMS Hasche Sigle en Düsseldorf

E michael.brueck@cms-hs.com

Nueva normativa para el marketing telefónico

Desde principios de agosto de 2009, las condiciones generales para el marketing directo por teléfono se han visto considerablemente agravadas en Alemania. Ahora, solo está permitido hacer publicidad telefónica para consumidores cuando el interlocutor haya consentido la llamada previamente y de manera expresa. Además, ya no se permitirá efectuar llamadas desde un número oculto.

La ley contra la publicidad telefónica ilegal y para mejorar el derecho del consumidor frente a formas especiales de promoción entró en vigor el 4 de agosto de 2009. Esta normativa, que conlleva modificaciones en la Ley contra la Competencia Desleal (UWG) y en la Ley de Telecomunicaciones (TKG), puede llevar a las empresas que se dedican al marketing telefónico a tener que realizar cambios considerables. La puesta en práctica de las nuevas disposiciones legales tiene mucha importancia, ya que se han agravado las sanciones en caso de vulnerar la prohibición de publicidad telefónica ilegal. A partir de ahora, no solo existirán consecuencias en el ámbito civil, sino también multas administrativas.

1. Consentimiento a la llamada telefónica de forma previa y expresa

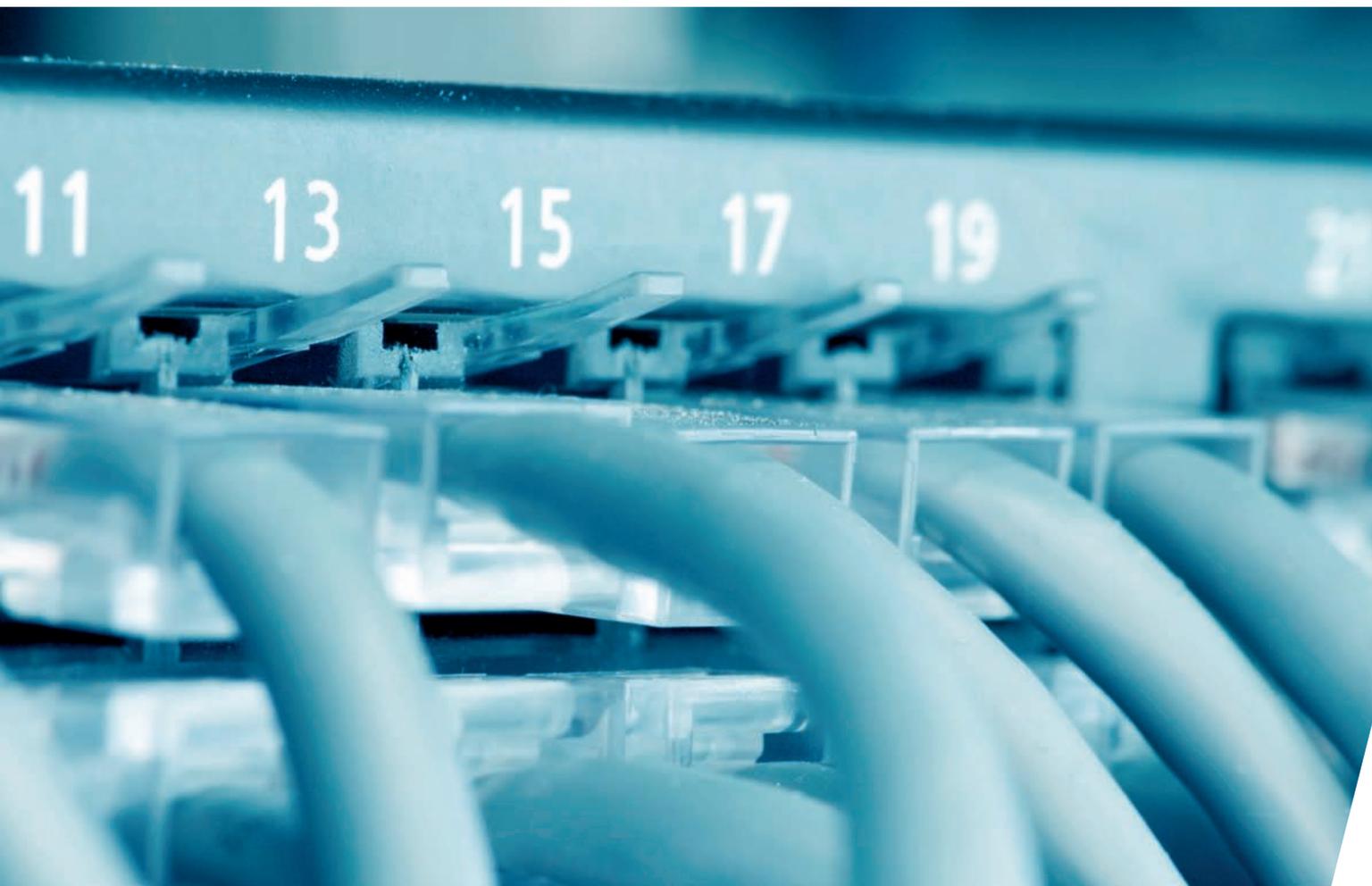
Según el Art. 7 Apdo. 2 n 2 de la UWG, las llamadas comerciales a consumidores solo

estarán permitidas cuando previamente el interlocutor haya dado su consentimiento expreso a la llamada. La «solución opt-in» que ya era válida anteriormente, se ha endurecido aún más con la nueva normativa. Contrariamente a como se venía realizando hasta ahora, ya no bastará el consentimiento tácito del consumidor. A partir de ahora, el consentimiento del declarante a la llamada que se efectuará posteriormente debe resultar siempre de la misma declaración y no de otras circunstancias. De este modo, por ejemplo, se consideraría que falta un consentimiento expreso cuando el usuario haya indicado meramente en un formulario de pedido su número de teléfono junto a su dirección de envío. Junto a los requisitos de una publicidad telefónica legal, se han endurecido además las sanciones en caso de vulnerar la prohibición de publicidad telefónica ilegal. A partir de ahora, no solo habrá consecuencias en el ámbito civil, como p.ej. amonestaciones de competidores o gremios, sino también multas de hasta 50.000 euros.

Esta normativa es relevante para un gran número de empresas, ya que la publicidad telefónica no solo afecta a la clásica publicidad de productos, sino también, por ejemplo, a las encuestas realizadas por teléfono por parte de las empresas. Siempre que una empresa recurra a listados de clientes existentes, debería comprobar, antes

de llevar a cabo futuras llamadas comerciales, si existe el suficiente consentimiento de las personas afectadas. En general, por lo que respecta al consentimiento necesario para el marketing telefónico, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- Es indispensable que la declaración de consentimiento del usuario exista antes de que tenga lugar la llamada comercial. No es legal llamar al consumidor y, de este modo, obtener su consentimiento para la conversación que va a desarrollarse o para una futura llamada.
- Un consentimiento expreso solo existe cuando el usuario ha dado su consentimiento a la llamada telefónica de manera activa («opt-in»). Se consideran ilegales los casos en los que el cliente deba marcar con una cruz o tachar alguna casilla para indicar que no desea recibir publicidad por teléfono («opt-out»).
- Las declaraciones de consentimiento predisuestas deben pasar un control de condiciones generales de contratación. Debe tenerse en cuenta que deben estar formuladas de manera clara, comprensible y, especialmente, de manera que el cliente pueda reconocer a qué se refiere el contenido comercial al que da su consentimiento. Por otra parte,



conforme a la jurisprudencia, los llamados consentimientos generales serán ilegales. La jurisprudencia entiende que dicho consentimiento general es el que se da cuando no solo se refiere a la publicidad telefónica que pueda efectuarse en el marco de las relaciones contractuales, sino que también permite la publicidad referente a otros productos y/o realizada por parte de otras empresas. La declaración de consentimiento debería limitarse en este aspecto a llamadas de la empresa mencionada y especificar el contenido de la publicidad en la mayor medida posible.

2. Se prohíbe efectuar la llamada desde un número oculto

Conforme al nuevo Art. 102 Apdo. 2 de la TKG, las empresas que publicitan no pueden seguir llamando desde un número oculto. Debe tenerse en cuenta que esta normativa será válida frente a los consumidores y

frente a otros operadores de mercado. Con esta reglamentación se puede perseguir más fácilmente la vulneración de la competencia mediante llamadas comerciales no deseadas, ya que, a través del número, puede identificarse más fácilmente a la persona que llama. En este sentido, la agencia de redes federal también podrá sancionar con una multa en caso de que se cometa una infracción.

3. Conclusión

Las barreras para el marketing telefónico legal se vuelven claramente más estrictas con la nueva normativa. Ya no se puede recurrir sin más a los antiguos listados de clientes para la publicidad telefónica. Respecto de las ofertas de empresas que comercian con datos, también debería comprobarse si los números que contienen se pueden utilizar. ■



SABINE MUSSOTTER

es abogada de CMS Hasche Sigle en Berlín.

E sabine.mussotter@cms-hs.com

Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur einseitigen Festsetzung von allgemeinen Tarifen durch Verwertungsgesellschaften

Am 18. Februar 2009 entschied der Oberste Gerichtshof (Tribunal Supremo) zugunsten des bekannten Fernsehsenders TELE 5 über die von einer Verwertungsgesellschaft (Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España) eingereichten Klage zur Geltendmachung ausstehender Zahlungen für die öffentliche Ausstrahlung der von ihr verwalteten und urheberrechtlich geschützten Inhalte.

Der in erster und zweiter Instanz unterlegene Fernsehsender hatte in der Revision insbesondere die Art und Weise der Festlegung der Tarife durch die Verwertungsgesellschaft angegriffen. Die Festlegung sei rechtswidrigerweise einseitig durch die Verwertungsgesellschaft erfolgt und in unverhältnismäßiger Weise allein anhand der Gesamteinnahmen der Revisionsführerin berechnet worden.

Das Gericht gab der Revision statt und stellte klar, dass die von TELE 5 gerügte Festlegung der Tarife rechtswidrig sei, obwohl die Festsetzung von allgemeinen Tarifen durch die Verwertungsgesellschaften und deren Mitteilung an das Kultusministerium im spanischen Urhebergesetz (Ley de Propiedad Intelectual) grundsätzlich vorgesehen ist. Das Urteil nimmt mit dieser Entscheidung eine Änderung seiner Rechtsprechung vor, die ohne Zweifel Auswirkungen auf die

kollektive Verwertung und Nutzung von Urheberrechten und sonstigen Schutzrechten haben wird.

Das Urteil stellt klar, dass das Gesetz nicht so verstanden werden dürfe, dass es den Verwertungsgesellschaften frei stehe, zu entscheiden, welche Kriterien bei der Festlegung der Tarife zu beachten seien. Vielmehr müssten die Tarife zuallererst angemessen sein. Dem Kriterium der Angemessenheit werde nach Ansicht der entscheidenden Richter nur dann entsprochen, wenn vorrangig darauf abgestellt wird, inwieweit die einzelnen Fernsehsender tatsächlich von dem Angebot der Verwertungsgesellschaften Gebrauch gemacht haben. Berücksichtigt werden müssten auch Tarifvereinbarungen der jeweiligen Verwertungsgesellschaften mit anderen Fernsehsendern. Eine unverhältnismäßige Ungleichbehandlung der einzelnen Fernsehsender durch dieselbe Verwertungsgesellschaft sei ebenfalls rechtswidrig. Soweit einzelnen Fernsehsendern Vergünstigungen gewährt würden, müssten diese bei vergleichbarer Sachlage grundsätzlich allen gewährt werden.

Das Gericht stellt weiter ausdrücklich klar, dass den Verwertungsgesellschaften nicht das Recht zustehe, selbst zu entscheiden, ob die Tarife angemessen sind, sondern dass es

sich hierbei um eine Rechtsfrage handle, die allein durch die zuständigen Gerichte zu entscheiden sei.

In den letzten Jahren hat der Fernsehsender TELE 5 der Verwertungsgesellschaft AIE insgesamt etwa zwischen 3–4 Mio. EUR im Zusammenhang mit der Nutzung von Urheberrechten auf Grundlage der bisherigen Tarife gezahlt. Diese Zahlungen müssen nunmehr erneut anhand der von dem Tribunal Supremo aufgestellten Kriterien überprüft werden. Insoweit lassen sich über den konkreten Fall hinaus umfangreiche Verhandlungen voraussehen, in denen die Grundlagen des Vergütungssystems zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Fernsehsendern neu bestimmt werden. ■



PEDRO MERRY MONERO

ist Rechtsanwalt bei CMS Albiñana & Suárez de Lezo in Madrid.

E pedro.merry@cms-asl.com

Neue Entscheidung der spanischen Datenschutzbehörde

Die unter Freunden überlassenen E-Mail-Adressen dürfen nicht ohne ausdrückliches Einverständnis der Betroffenen für gewerbliche Zwecke verwendet werden.

Die von der Entscheidung betroffene Gesellschaft versandte während einer Werbekampagne an etwa 40.000 Empfänger die Aufforderung, an einem Gewinnspiel teilzunehmen, welches derjenige Empfänger gewinnen würde, welcher die meisten E-Mail-Kontakte aus seinem Adressbuch an die das Gewinnspiel veranstaltende Gesellschaft übersendet. Die so übersandten Kontakte wurden anschließend von der Gesellschaft genutzt, um Werbenachrichten zu versenden. Die Veranstalterin der Werbekampagne konnte in dem Sanktionsverfahren nicht nachweisen, dass die Empfänger dieser Nachrichten ihre Zustimmung zu der Weitergabe ihrer E-Mail-Adressen und dem Erhalt von Werbenachrichten gegeben hätten.

Die spanische Datenschutzbehörde hat in ihrer am 14. September 2009 ergangenen Entscheidung vornehmlich auf das Gesetz über die Dienste der Informationsgesellschaft und des elektronischen Handels (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico) abgestellt, das im Lichte der Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation auszulegen sei.

Danach ist der Versand von Werbenachrichten per E-Mail verboten, soweit nicht das vorherige ausdrückliche Einverständnis

des Empfängers eingeholt worden ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn vor dem Versand einer Werbenachricht eine geschäftliche Verbindung zwischen Versender und Empfänger bestand, die Kontaktdaten rechtmäßig erlangt wurden und der Inhalt der Werbenachricht im Zusammenhang mit der bestehenden geschäftlichen Beziehung steht (etwa gleiche Produktpalette). Darüber hinaus ist der Versender verpflichtet, dem Empfänger eine einfache und kostenlose Möglichkeit zu eröffnen, den Empfang von Werbenachrichten anfänglich oder nachträglich zu verbieten. Ein Verstoß gegen die Vorgaben des Gesetzes können mit einem Bußgeld von bis zu 150.000 EUR belegt werden.

Als Werbenachricht gilt wiederum: „Jede Art von Kommunikation, die der direkten oder indirekten Förderung der Verbreitung des Erscheinungsbildes, der Produkte oder Leistungen einer Gesellschaft, Organisation oder Person dient, die eine gewerbliche, industrielle oder sonstige professionelle Tätigkeit ausübt“.

Nach Bejahung aller Voraussetzungen verhängte die Datenschutzbehörde im vorliegenden Fall ein Bußgeld in Höhe von 30.001 EUR, da sie den Tatbestand eines schwerwiegenden Verstoßes als gegeben sah (massenweiser Versand von SPAM).

Die spanische Datenschutzbehörde hatte bereits in ähnlichen Fällen Bußgelder verhängt. Hierbei handelte es sich unter anderem um Fälle, in denen der Charakter der

Werbenaachricht verdeckt wurde, indem der Eindruck vermittelt wurde, dass es sich um die Nachricht oder um eine Empfehlung eines Freundes oder Bekannten handelte, wobei auch in diesen Fällen kein vorheriges Einverständnis zum Empfang solcher Nachrichten durch die Betroffenen vorlag.

Neben der klaren Verbotsregel des erwähnten Gesetzes, sind im Hinblick auf den Versand von Werbe-E-Mails auch die Vorgaben des spanischen Datenschutzgesetzes (Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal) zu beachten.

Diese Vorgaben können wie folgt zusammengefasst werden:

- Die betroffenen Personen müssen umfassend über die Voraussetzungen und Folgen der Preisgabe und Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch den für den Datensatz Verantwortlichen informiert werden.
- Es muss das vorherige ausdrückliche Einverständnis der betroffenen Personen zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten eingeholt werden.
- Personenbezogene Daten dürfen nur im Rahmen des erforderlichen und angemessenen und allein im Sinne des genehmigten Verwendungszwecks verarbeitet werden. ▶

- Es müssen zu jeder Zeit diejenigen technischen und organisatorischen Maßnahmen ergriffen werden, die erforderlich sind, um die Sicherheit der Datensätze zu gewährleisten.
- Den Betroffenen muss ein Verfahrensweg eröffnet werden, um Zugang zu den Daten zu erlangen und gegebenenfalls deren Löschung oder Berichtigung zu verlangen sowie deren Weitergabe zu widersprechen.
- Eine Weitergabe der personenbezogenen Daten an Dritte, wovon auch miteinander verbundene Gesellschaften erfasst werden, ist ohne vorheriges ausdrückliches Einverständnis der Betroffenen grundsätzlich verboten.
- Die Speicherung von personenbezogenen Daten ins Ausland ist grundsätzlich verboten, soweit dies nicht ausnahmsweise durch Gesetz erlaubt ist.
- Die erlangten Datensätze sind im Allgemeinen Register der Datenschutzbehörde zu hinterlegen. ■



PEDRO MERRY MONERO
 ist Rechtsanwalt bei CMS Albiñana & Suárez de Lezo in Madrid.
 E pedro.merry@cms-asl.com

// Wissen // Interessante saber

Notariat // Notariado

Algunas particularidades del sistema notarial alemán

Las empresas españolas que operan en el mercado alemán entran inevitablemente en contacto con notarios alemanes en algún momento, especialmente cuando disponen de filiales alemanas o de inmuebles en Alemania.

En principio, Alemania cuenta con un sistema notarial similar al español, el llamado «Notariado latino» (en contraposición al sistema notarial angloamericano). Los notarios se ocupan especialmente de cuestiones de Derecho Societario e Inmobiliario y cuentan, además, con un amplio ámbito de actuación en Derecho de Sucesiones y Derecho de Familia. Independientemente de la ubicación de su domicilio profesional, los notarios alemanes pueden intervenir en cualquier negocio jurídico que requiera una elevación a público. Es decir, un notario de Berlín podrá, por ejemplo, elevar a público contratos de compraventa de inmuebles que se encuentren ubicados en otros Estados

federados distintos al de Berlín. Esto tampoco supone ningún problema para la posterior tramitación del negocio.

1. Diferencias en el ámbito federal

En los Estados federados alemanes existen tres variantes de notariado. Una de estas modalidades, que se da con mayor frecuencia en el norte de Alemania, no existe en España. Se trata del «notario-abogado», es decir, todos los notarios son también abogados (pero no viceversa). Además, como en España, también existe el sistema de «solo notariado», especialmente en el sur de Alemania, en los nuevos Estados federados y en Hamburgo. Por último, en Baden-Wurtemberg, también hay notarios que no actúan como profesionales autónomos, sino que son funcionarios y reciben un sueldo fijo como suele ser habitual también en Portugal.

Sin embargo, las reglas para todos estos notarios son las mismas. Todos ellos están

sujetos a la Ley Federal del Notariado (Bundesnotarordnung), a la Ley de Escrituración (Beurkundungsgesetz), y a la Ley Federal sobre Aranceles Notariales (Kostenordnung). Existen prohibiciones que impiden a los «notarios-abogados» intervenir en un asunto, si previamente han tratado dicho asunto como abogados (Vorbefassungsverbot). Es decir, nunca podrán intervenir en el mismo caso como notario y abogado. La misma prohibición es también aplicable cuando en un caso ha actuado un abogado del mismo despacho que el notario.

No obstante, un notario alemán puede ejercer su actividad notarial aunque anteriormente haya ejercido como abogado por encargo de todas las partes que deban participar en la elevación a público de un documento. Este sería el caso, por ejemplo, del asesoramiento en una reestructuración societaria, cuando el notario-abogado y sus socios han sido contratados como abogados por una

sociedad holding para que reestructuren las filiales, y extienden este mandato también a la ejecución de los intereses de las filiales, los cuales no son opuestos a los intereses de la sociedad holding.

2. Costes

Los abogados pueden acordar los honorarios con sus clientes. Esto está previsto de manera expresa en la ley alemana. Al contrario, no podrá realizarse ningún tipo de acuerdo con el notario sobre sus aranceles. Tampoco está permitido que los aranceles notariales se compensen con los honorarios de abogado. Además, están terminantemente prohibidos los llamados «negocios Kick back». La inspección notarial controla la efectividad de dichas prohibiciones y los incumplimientos son sancionados severamente.

Sin embargo, en algunos casos, pueden ahorrarse costes contratando directamente los servicios de un notario, en lugar de los de un abogado, siempre y cuando sea necesario llevar a cabo una actividad notarial y los gastos notariales tuvieran que abonarse adicionalmente. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el notario no puede representar unilateralmente los intereses de una de las partes, ya que la ley le obliga a ser neutral. La probabilidad de «ahorrarse» a un abogado y contratar únicamente a un notario debe considerarse, sobre todo, cuando no existan conflictos de intereses entre las partes implicadas.

3. Consulta al Registro de la Propiedad

A diferencia del Registro Mercantil, no todo el mundo puede consultar el Registro de la Propiedad alemán. Para ello, se exige lo que se llama «un interés justificado» que hay que acreditar ante la oficina del Registro de la Propiedad. En el caso de los notarios, dicho interés justificado se presupone cuando desean consultar el Registro de la Propiedad, en relación con un asunto notarial. Dicha consulta puede efectuarse online. En este aspecto, los notarios alemanes también están sujetos a un estricto control. El notario no podrá consultar el Registro de la Propiedad sin contar con un interés concreto y justificado con el fin de facilitar su trabajo en calidad de abogado.

4. Elevación a público y ejecución

La actividad «visible» del notario alemán consiste en la elevación a público. Durante

dicho acto, el contrato a elevar a público debe leerse íntegramente en voz alta y en presencia de las partes. Eso lo distingue de una legitimación de firmas, en la que no se eleva a público el contenido del documento, sino que el notario, en virtud de sus funciones, solo legitima la identidad (y los poderes) del firmante.

En el caso de que la escritura incluya un gran número de anexos, cuya lectura pudiera alargarse en exceso la elevación a público, es posible separar dichos anexos en lo que se conoce como una «escritura de referencia». El notario elevará a público dicha escritura en presencia de unos de sus empleados, quienes actuarán en calidad de representantes de las partes, antes de la fecha de la elevación a público. Llegado el momento de la elevación a público podrá hacerse referencia a esa escritura. Solo se excluyen de ser leídos en voz alta los balances, inventarios u otros listados.

La elevación a público también puede efectuarse en un idioma distinto al alemán, siempre y cuando el notario domine ese idioma. Únicamente aquellas partes de la escritura que contengan declaraciones necesarias para la ejecución en un Registro, deberán elevarse a público (también) en alemán.

A pesar de que uno de los participantes en la elevación a público no domine la lengua alemana, podrá elevarse a público en alemán, si el notario o un traductor cualificado traduce simultáneamente el contenido de la escritura. En este sentido, no es suficiente que se disponga de una traducción escrita o de una escritura en dos columnas. En este caso, también deberá leerse en voz alta la versión traducida (por ejemplo, en español o en inglés).

Tras la elevación a público, el notario también responde de la ejecución de la misma. Especialmente, en los contratos de compraventa de inmuebles, el notario deberá encargarse de que la entrega de contraprestaciones se efectúe como es debido. También deberá encargarse de que se lleven a cabo las inscripciones necesarias en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil, en el caso de las escrituras societarias. Para ello, en la elevación a público se otorgan con frecuencia poderes extensos a los empleados del notario, a fin de evitar que, en su caso, las partes deban comparecer ante el notario repetidas veces.

5. Certificado de representación

El notario también garantiza que los comparecientes en la elevación a público estén autorizados para representar a las partes en la elevación a público. En el caso de las sociedades alemanas, esto se lleva a cabo consultando el Registro Mercantil y, en caso de que sea necesario, además, mediante un certificado de representación expedido por el notario, que puede expedirse en la elevación a público. Los registros pueden efectuar inscripciones en virtud de dicho certificado.

En casos particulares, el notario alemán también podrá expedir certificaciones de representación consultando un Registro extranjero que se asemeje al Registro Mercantil alemán, por ejemplo el Registro Mercantil español. Esto será posible cuando el notario domine el correspondiente idioma extranjero y pueda valorar el contenido del Registro. Con respecto a las sociedades británicas, la ley alemana no permite a los notarios alemanes expedir un certificado de representación, dado que en el Reino Unido no existe un Registro Mercantil semejante al alemán o español.

6. CMS Hasche Sigle

CMS Hasche Sigle cuenta con notarios en los despachos de Berlín, Fráncfort y Stuttgart. Tanto en Berlín como en Fráncfort, los notarios Andreas Otto y Jochen Schlotter realizan elevaciones a público también en español. ■



DR. ANDREAS OTTO

es notario y socio de CMS Hasche Sigle en Berlín.

E andreas.otto@cms-hs.com

Vererbung von Auslandsvermögen

Eine Finca auf Mallorca, der Ruhesitz in Frankreich oder die Holdinggesellschaft in der Schweiz: Es gibt viele Gründe, Vermögen im Ausland zu haben. Die Vererbung dieser Vermögenswerte birgt jedoch viele Konfliktpotenziale. Diese können im Vorhinein durch eine sinnvolle Nachfolgeplanung reduziert werden. Sowohl die Änderungen der Erbrechtsreform als auch die der Erbschaftsteuerreform sind hierbei zu beachten.

Ein einheitliches europäisches, gar weltweites Erbrecht beziehungsweise Erbschaftsteuerrecht existiert nicht. Jedes Land hat vielmehr eigene erbrechtliche und erbschaftsteuerliche Regelungen. Bereits durch eine Ferienimmobilie oder Bankvermögen im Ausland sind aber auch die Regelungen des jeweiligen anderen Staates zu beachten. Das in Deutschland beliebte Berliner Testament, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und die Kinder Erben des längstlebenden Ehegatten werden, ist beispielsweise in Spanien unwirksam.

Darüber hinaus ist das jeweilige Erbschaftsteuerrecht zu beachten. Die Grundregel lautet: Grundsätzlich möchte jedes Land, in

dem Vermögen des Verstorbenen vorhanden ist, dieses nach seinem eigenen Recht besteuern. Ist Vermögen in mehreren Ländern vorhanden, droht die Gefahr einer Doppelbesteuerung. Eine Anrechnung der im Ausland gezahlten Steuer auf die deutsche Erbschaftsteuer findet nur eingeschränkt statt. Eine Anrechnung von Wertzuwachssteuern, die beispielsweise in Spanien erhoben werden, findet überhaupt nicht statt. Wichtigste Ziele der Nachfolgeplanung sind daher die Reduzierung der Steuerbelastung und des Konfliktpotenzials innerhalb und außerhalb der Familie.

Die Nachfolgeplanung hat zum Ziel, die unterschiedlichen Rechte zu harmonisieren und bestehende Konflikte zu reduzieren. Bei vorausschauender und frühzeitiger Planung lassen sich die meisten Probleme der internationalen Nachfolgeplanung lösen und die Steuerlast reduzieren.

Das seit dem 1. Januar 2009 geltende Erbschaftsteuerrecht bietet vielfältige Möglichkeiten der Reduzierung der Steuerbelastung bei der Vermögensweitergabe innerhalb der Familie. Doch bereits bei dem Erwerb

beispielsweise einer Immobilie in Spanien sollte eine spätere Weitergabe oder Vererbung berücksichtigt werden.

Die am 1. Januar 2010 in Kraft getretene Erbrechtsreform sieht starke Erleichterungen der Nachfolgeplanung vor. Eine wesentliche Neuerung ist, dass Schenkungen im Rahmen des Pflichtteilsrechts nur noch im verminderten Maße berücksichtigt werden, je länger die Schenkung zurückliegt. Bestehende Testamente sollten überprüft und an die neuen Möglichkeiten der Nachfolgeplanung angepasst werden. ■



HANS CHRISTIAN BLUM

ist Rechtsanwalt bei
CMS Hasche Sigle in Stuttgart.
E christian.blum@cms-hs.com

In eigener Sache / Sobre nosotros

Erneute Verstärkung der Deutsch-Spanischen Gruppe

Der Immobilienrechtler Heinrich Schirmer ist als Equity-Partner zu dem Frankfurter Team gestoßen. Der profilierte Kenner des Frankfurter Immobilienmarktes mit großer internationaler Erfahrung wechselte von Freshfields Bruckhaus Deringer, wo er seit 2002 tätig war, zuletzt als Principal Associate.

Heinrich Schirmer hat seinen Beratungsschwerpunkt in den Kernbereichen des Immobilienwirtschaftsrechts sowie der kapitalmarkt-orientierten Immobilienfinanzierung und war in den vergangenen Jahren an namhaften Immobilientransaktionen maßgeblich beteiligt. Schirmer verstärkt mit seiner Erfahrung im Bereich Health Care gleichzeitig die CMS-Branchengruppe Gesundheits- und Pflege-

Nuevos refuerzos para el grupo hispano-alemán

Heinrich Schirmer, abogado de Derecho Inmobiliario, se ha incorporado al equipo de Fráncfort de CMS Hasche Sigle como equity partner. Es un gran conocedor del mercado inmobiliario de Fráncfort, goza de una dilatada experiencia internacional y proviene de Freshfields Bruckhaus Deringer, donde llevaba ejerciendo desde 2002 y donde, asimismo, había sido nombrado asociado principal.

Heinrich Schirmer es especialista en Derecho Inmobiliario y financiación inmobiliaria orientada al mercado de capitales. Durante los últimos años ha participado de manera determinante en renombradas transacciones inmobiliarias. Por otra parte, la

immobilien. Schirmer hat einen Teil seiner juristischen Ausbildung in Spanien verbracht und spricht fließend Spanisch.

Die besten Rechtsanwälte 2009

Sechs Anwälte von CMS Albiñana & Suárez de Lezo sind von „Best Lawyers“ zur Gruppe der besten Rechtsanwälte Spaniens im Jahre 2009 gewählt worden, unter ihnen César Albiñana, Rafael Suárez de Lezo, Felipe Alonso und Santiago Díez.

CMS Hasche Sigle „Law firm of the year in Germany“

Die führende britische Publikation „The Lawyer“ hat CMS Hasche Sigle mit dem erstmals vergebenen „European Award Law Firm of the Year – Germany“ ausgezeichnet. Das renommierte Fachblatt für den europäischen Rechtsmarkt gab seine Wahl auf einer großen Gala in Barcelona im November bekannt. CMS Hasche Sigle zeige sich als eine erfolgreiche Sozietät „in full flight and going places“.

CMS ist Mid-Market-Kanzlei des Jahres beim FT Merger Market European M&A Award 2009

Die Financial Times und der Branchendienst Merger Market haben CMS im Rahmen ihrer European M&A Awards als beste Kanzlei des Jahres bei M&A-Transaktionen bis zu 500 Mio. USD Volumen ausgezeichnet. Die Preisverleiher würdigten am 9. Dezember in London vor allem die hohe Zahl erfolgreicher, innovativer Cross-Border-Transaktionsmandate der Praxisgruppe Gesellschaftsrecht des CMS Verbunds.

CMS berät die meisten Deals in Europa

Im europaweiten Ranking von Thomson Reuters zu den 2009 angekündigten M&A-Transaktionen belegt der CMS Verbund mit 199 Deals den 1. Platz in Europa gefolgt von Freshfields mit 187 Deals. Auch gerechnet nach Transaktionsvolumen steigt CMS um gleich 26 Plätze nach oben. Damit gehört CMS zu den eindeutigen Gewinnern unter den europaweit tätigen Rechtsberatern.

Andreas Otto jetzt Leiter des Fachbereichs Immobilien, Bauen und Umwelt bei CMS Hasche Sigle

Andreas Otto, bisher bereits neben Michael Brück und Luis Miguel de Dios Koordinator der Deutsch-Spanischen Gruppe, ist seit Mai 2009 auch Leiter des Fachbereichs Immobilien, Bauen und Umwelt bei CMS Hasche Sigle, der aus rund 30 Partnern und insgesamt 70 Rechtsanwälten besteht, unter ihnen auch Michael Brück und Heinrich Schirmer, die wie Andreas Otto zahlreiche spanische Investoren in Deutschland beraten. ■

experiencia el Sr. Schirmer en el área sanitaria refuerza, a su vez, el equipo de CMS especializado en el área de inmuebles destinados a la atención sanitaria. Cabe destacar que el Sr. Schirmer ha cursado parte de su formación jurídica en España y habla español con fluidez.

Los mejores abogados de 2009

Seis abogados de CMS Albiñana & Suárez de Lezo han sido seleccionados entre los mejores abogados de España por «Best Lawyers» en 2009, entre los cuales se encuentran César Albiñana, Rafael Suárez de Lezo, Felipe Alonso y Santiago Díez.

CMS Hasche Sigle «Law firm of the year in Germany»

La destacada publicación británica «The Lawyer» ha galardonado a CMS Hasche Sigle con el premio «European Award Law Firm of the Year – Germany», en su primer certamen. La famosa revista especializada en el mercado legal europeo dio a conocer la noticia el pasado mes de noviembre en una gran gala celebrada en Barcelona. CMS Hasche Sigle se muestra como una sociedad de éxito «in full flight and going places».

CMS es elegido el despacho de abogados Mid Market del año en el FT Merger Market European M&A Award 2009

«The Financial Times» y el sector servicios Merger Market han galardonado a CMS en el marco de su European M&A Awards como mejor despacho de abogados en Transacciones M&A por volumen de hasta 500 millones de dólares. El 9 de diciembre, en Londres, los otorgantes del premio valoraron, sobre todo, la gran cantidad de transacciones internacionales innovadoras realizadas con éxito por parte del departamento de Derecho Societario de la organización CMS.

CMS, despacho que más transacciones asesora en Europa

En el ranking europeo de Thomson Reuters para el 2009 sobre transacciones anunciadas de M&A, la Alianza CMS se coloca en primer lugar en Europa, con 199 transacciones, seguida de Freshfields, con 187. Contando el volumen de transacciones, CMS asciende 26 puestos y, con ello, CMS se sitúa entre los ganadores indiscutibles de entre los asesores legales de toda Europa.

Andreas Otto es ahora el director del Departamento Inmobiliario, de Construcción y Medio Ambiente en CMS Hasche Sigle

Andreas Otto, hasta ahora coordinador del Grupo Hispano-Alemán junto a Michael Brück y Luis Miguel de Dios, es, además, desde mayo de 2009, el nuevo director del Departamento de Derecho Inmobiliario, de Construcción y Medio Ambiente de CMS Hasche Sigle, en el que trabajan 30 socios y un total de 70 abogados, entre los cuales se encuentran Michael Brück y Heinrich Schirmer, los cuales prestan asesoramiento, como Andreas Otto, a un gran número de inversores españoles. ■

CMS Legal Services EEIG ist eine europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung zur Koordinierung der unabhängigen Mitgliedssozialitäten. CMS Legal Services EEIG erbringt keinerlei Mandantenleistung. Derartige Leistungen werden in den jeweiligen Ländern ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten erbracht. In bestimmten Fällen dient CMS als Marken- oder Firmenname einzelner beziehungsweise aller Mitgliedssozialitäten. CMS Legal Services EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständig und unabhängig. Zwischen ihnen besteht keine Beziehung in Form von Mutter- und Tochtergesellschaften beziehungsweise keine Vertreter-, Partner- oder Joint-Venture-Beziehung. Keine Angabe in diesem Dokument ist so auszulegen, dass eine solche Beziehung besteht. Keine Mitgliedssozialität ist dazu berechtigt, im Namen von CMS Legal Services EEIG oder einer anderen Mitgliedssozialität unmittelbar oder mittelbar oder in jeglicher anderer Form Verpflichtungen einzugehen.

Die Mitgliedssozialitäten von CMS sind: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italien); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (Spanien); CMS Bureau Francis Lefebvre (Frankreich); CMS Cameron McKenna LLP (Vereinigtes Königreich); CMS DeBacker (Belgien); CMS Derks Star Busmann (Niederlande); CMS von Erlach Henrici AG (Schweiz); CMS Hasche Sigle (Deutschland) und CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Österreich). www.cmslegal.com

CMS Büros und verbundene Büros: Amsterdam, Berlin, Brüssel, London, Madrid, Paris, Rom, Wien, Zürich, Aberdeen, Algier, Antwerpen, Arnheim, Belgrad, Bratislava, Bristol, Budapest, Buenos Aires, Bukarest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt / Main, Hamburg, Kiew, Köln, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Mailand, Marbella, Montevideo, Moskau, München, Peking, Prag, São Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Utrecht, Warschau und Zagreb. Die CMS Mitgliedssozialitäten sind mit The Levant Lawyers (TLL) mit Büros in Abu Dhabi, Beirut, Dubai und Kuwait-Stadt assoziiert.

www.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG es una organización europea de interés económico para coordinar los despachos miembros independientes. CMS Legal Services EEIG no presta ningún servicio a los clientes. Los servicios se prestan únicamente por los despachos miembros en cada país. En algunos casos, CMS sirve de marca o forma parte de la denominación social de los despachos miembros. CMS Legal Services EEIG y sus despachos miembros son autónomos e independientes jurídicamente. Entre ellos no existe ninguna relación matriz-filial, ni de representación, asociación o de empresa conjunta. Nada de lo contenido en este documento deberá interpretarse como que existe cualquiera de dichas relaciones. Ninguno de los despachos miembros está autorizado a asumir obligaciones en nombre de CMS Legal Services EEIG o de otro despacho miembro de forma directa o indirecta o de cualquier otra forma.

Miembros de CMS: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (España); CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia); CMS Cameron McKenna LLP (Reino Unido); CMS DeBacker (Bélgica); CMS Derks Star Busmann (Países Bajos); CMS von Erlach Henrici AG (Suiza); CMS Hasche Sigle (Alemania) y CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria).

CMS oficinas y oficinas asociadas: Amsterdam, Berlín, Bruselas, Londres, Madrid, Paris, Rome, Viena, Zürich, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiew, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Múnich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb. Asimismo, la organización está asociada con la firma de abogados The Levant Lawyers (TLL) con oficinas en, Abu Dabi, Beirut, Dubái y Kuwait.

www.cmslegal.com